

Aufschiebende Wirkung und vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsrechtspflegeverfahren des Bundes und des Kantons Aargau

Dissertation
der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft
vorgelegt von

Gerold Zollikofer
von St. Gallen

Genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Walter Haller



Juris Druck + Verlag Zürich
1981



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Aufschiebende Wirkung und vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsrechtspflegeverfahren des Bundes und des Kantons Aargau

Dissertation
der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft
vorgelegt von

Gerold Zollikofer
von St. Gallen

Genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Walter Haller



Juris Druck + Verlag Zürich
1981

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 13. Februar 1980

Der Dekan:
Prof. Dr. J. Rehberg



ISBN 3 260 04902 9

INHALTSVERZEICHNIS

Literaturverzeichnis	XV
Abkürzungen	XXI
ERSTES KAPITEL	1
GRUNDLAGEN	
§ 1 ZWECK DER VORSORGLICHEN MASSNAHMEN	1
I. Aufgaben der vorsorglichen Massnahmen im allgemeinen	1
A. Ursprüngliche Aufgaben	1
B. Ausdehnung der ursprünglichen Aufgaben	1
1. Sicherungsaufgaben	2
2. Regelungsmassnahmen	2
3. Leistungsmassnahmen	2
C. Ziel der vorliegenden Arbeit	2
II. Aufgaben der vorsorglichen Massnahmen im Verwaltungs- rechtspflegeverfahren im besonderen	2
A. Gewährleistung eines umfassenden Rechtsschutzes für den Einzelnen	2
B. Rechtsschutz durch rasch wirksame prozessuale Gestaltungsmittel	4
§ 2 INSTITUTE DES VORLAEUFIGEN RECHTSSCHUTZES	10
I. Aufschiebende Wirkung und andere vorsorgliche Mass- nahmen	10

II. Verhältnis zwischen aufschiebender Wirkung und anderen vorsorglichen Massnahmen	10
III. Terminologisches	11
§ 3 RUECKGRIFF AUF ZIVILPROZESSUALE REGELN	13
I. Ablehnende Haltung gegenüber solchen Rückgriffen	13
II. Zustimmende Haltung gegenüber solchen Rückgriffen	13
III. Beispiele ausdrücklicher gesetzlicher Verweise	14
IV. Eigene Stellungnahme	14
§ 4 ANWENDUNGSBEREICH DER VORSORGLICHEN MASSNAHMEN	17
I. Ueberblick über den Aufbau des Anfechtungsstreitverfahrens in Verwaltungssachen	17
A. Erlass einer Verfügung	17
B. Anfechtung der Verfügung im Rechtsmittelverfahren	17
C. Umfang der Untersuchung des Anwendungsbereichs von aufschiebender Wirkung und vorsorglichen Massnahmen	17
II. Im Bereich des nichtstreitigen Verwaltungsverfahrens	17
A. Sicherung der zu erlassenden Verfügung	17
B. Anwendungskriterien	18

III

C. Rechtsnatur	18
D. Gesetzliche Grundlagen	19
E. Kasuistik	19
III. Im Bereich der eigentlichen Verwaltungsrechtspflege	20
A. Begriff der eigentlichen Verwaltungsrechtspflege	20
B. Der Verwaltungsweg	21
C. Der Verwaltungsgerichtsweg	21
IV. Im Bereich des vorbeugenden Rechtsschutzes	22
A. Begriff des vorbeugenden Rechtsschutzes	22
B. Rechtsmittel des vorbeugenden Rechtsschutzes	23
1. Vorbeugende Feststellungsklage	23
2. Vorbeugende Unterlassungsklage	23
3. Aufschiebende Wirkung und vorsorgliche Massnahmen als Rechtsmittelmaximen der vorbeugenden Feststellungs- und Unterlassungsklage	24
a. Aufschiebende Wirkung	24
b. Vorsorgliche Massnahmen	24
C. Normenkontrollverfahren	24
1. Das Normenkontrollverfahren gemäss VwVG und OG	25
a. Abstrakte Normenkontrolle	26
b. Konkrete Normenkontrolle	26
2. Das Normenkontrollverfahren gemäss VRPG AG	26
3. Vorbeugender Rechtsschutz durch Normenkontrolle	26

§ 5 AUFSCHIEBENDE WIRKUNG UND VORSORGLICHE MASSNAHMEN ALS RECHTSMITTELMAXIMEN IN DER VERWALTUNGSRECHTSPFLEGE DES BUNDES (VwVG und OG)	32
---	----

I. Gesetzliche Grundlagen	32
II. Vorsorgliche Massnahmen im Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren	32
A. Geltungsbereich	32
B. Aufschiebende Wirkung nach Art. 55 VwVG	33
1. Grundsatz	33
2. Ausnahmen	33
C. Andere vorsorgliche Massnahmen nach Art. 56 VwVG	33
D. Verfahren	34
1. Anordnung von vorsorglichen Massnahmen auf- grund eines Parteiantrages oder von Amtes wegen	34
2. Rechtliches Gehör	34
3. Zuständigkeit für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen	34
4. Der Entscheid über vorsorgliche Massnahmen und seine Eröffnung	34
E. Rechtsmittel	34
1. Anfechtbarkeit des Entscheides über vorsorg- liche Massnahmen	34
2. Wirkung der Beschwerde gegen vorsorgliche Massnahmen	35
III. Vorsorgliche Massnahmen im Bundesgesetz über die Or- ganisation der Bundesrechtspflege	35
A. Fehlen einer allgemeinen Regelung	35
B. Staatsrechtliche Beschwerde	36
1. Grundsätzliche Regelung	36
2. Verfahren	36

a. Erfordernis eines Parteiantrages	36
b. Begründung des Antrages	37
c. Rechtliches Gehör	37
3. Rechtsmittel	37
C. Verwaltungsgerichtsbeschwerde	37
1. Aufschiebende Wirkung gemäss Art. 111 OG	37
2. Andere vorsorgliche Massnahmen nach Art. 113 OG	38
3. Verfahren	38
4. Rechtsmittel	38
D. Verwaltungsrechtliche Klage	38
1. Verweis auf Art. 79 ff BZP	38
2. Verfahren	38
3. Rechtsmittel	39
E. Revision	39
F. Würdigung	39
§ 6 AUFSCHIEBENDE WIRKUNG UND VORSORGLICHE MASSNAHMEN ALS RECHTSMITTELMAXIMEN IM VERWALTUNGSRECHTSPFLEGESETZ DES KANTONS AARGAU	45
I. Gesetzliche Grundlagen	45
II. Ordentliche Rechtsmittel	45
III. Aufschiebende Wirkung nach § 44 VRPG	45
A. Grundsatz	45
B. Ausnahmen	45
1. Entzug der aufschiebenden Wirkung durch die verfügende Behörde	46

2. Entzug und Wiederherstellung der aufschieben-	46
den Wirkung durch die Beschwerdeinstanz	
3. Wiederaufnahme nach § 29 VRPG	46
IV. Anderweitige vorsorgliche Massnahmen nach § 44 Abs. 2	46
A. Die gegenteilige Anordnung	46
B. Anderweitige vorsorgliche Massnahmen	46
V. Verfahren	46
A. Anordnung von vorsorglichen Massnahmen aufgrund	46
eines Parteibegehrens oder von Amtes wegen	
1. Aufgrund eines Parteibegehrens	47
2. Begründung des Antrages	47
3. Anordnung von Amtes wegen	47
4. Rechtliches Gehör	48
a. Grundsatz	48
b. Ausnahmen	48
5. Abänderung und Aufhebung von vorsorglichen	49
Massnahmen	
B. Zuständigkeit zum Erlass von vorsorglichen Mass-	49
nahmen	
1. Zuständigkeit der Beschwerdeinstanz im allge-	49
meinen	
2. Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts im be-	49
sonderen	
C. Eröffnung des Entscheides über vorsorgliche Mass-	49
nahmen	
D. Rechtsmittel	50
1. Anfechtbarkeit des Entscheides über vorsorg-	50
liche Massnahmen im allgemeinen	

2. Anfechtbarkeit des Entscheides über vorsorgliche Massnahmen beim Verwaltungsgericht	50
3. Wirkung der Beschwerde gegen vorsorgliche Massnahmen	51
VI. Einwirkungen der bundesrechtlichen Vorschriften über die vorsorglichen Massnahmen auf die entsprechenden Bestimmungen des kantonalen Verfahrensrechts	51
A. Grundsätzliches Verhältnis zwischen Bundesverwaltungsrecht und kantonalem Verfahrensrecht	51
B. Auswirkungen der Nichtanwendung von Bundesrecht auf die kantonalen Regelungen betreffend die aufschiebende Wirkung und vorsorgliche Massnahmen	52
§ 7 DIE VERWALTUNGSVERFÜGUNG ALS ANFECHTUNGSOBJEKT IN DER NACHTRÄGLICHEN VERWALTUNGSRECHTSPFLEGE	57
I. Begriff der Verfügung	57
II. Arten von Verfügungen	57
A. Gestaltende Verwaltungsakte	57
B. Feststellende Verwaltungsakte	58
C. Entscheidende Verwaltungsakte	58
D. Begünstigende und belastende Verwaltungsakte	59
E. Negative Verwaltungsakte	59
III. Funktion der Verfügung für das Rechtsmittelverfahren	59

A. Die Verfügung als Prozessvoraussetzung	59
B. Begriff der anfechtbaren Verfügung	60
1. Anfechtbare Verfügungen im allgemeinen	60
2. Verfügungen über vorsorgliche Massnahmen im besonderen	60
3. Nichtanfechtbare Verfügungen	61
IV. Wirksamkeit, Vollzug und Vollstreckung von Verfügungen	61
A. Wirksamkeit der Verfügung	61
B. Vollzug der Verfügung	63
C. Vollstreckung der Verfügung	63
ZWEITES KAPITEL	70
DIE AUFSCHIEBENDE WIRKUNG	
§ 8 FUNKTION DER AUFSCHIEBENDEN WIRKUNG	70
I. Materiellrechtliche Funktion	70
II. Verfahrensrechtliche Funktion	70
A. Dauer der aufschiebenden Wirkung	70
B. Inhaltliche Tragweite der aufschiebenden Wirkung	71
§ 9 INHALT DER AUFSCHIEBENDEN WIRKUNG	73

I.	Die aufschiebende Wirkung als Wirksamkeitshemmung	73
II.	Die aufschiebende Wirkung als Vollzugshemmung	73
III.	Praktische Auswirkungen des Meinungsstreits	74
	A. Bezüglich gebietenden und verbietenden Verfügungen	74
	B. Bezüglich gestaltenden und feststellenden Verfügungen	74
IV.	Zusammenfassung	75
§ 10	UMFANG DER WIRKSAMKEITSHEMMUNG	78
I.	Der Aufschub betrifft grundsätzlich die gesamten Rechtsfolgen der angefochtenen Verfügung	78
	A. Aufschub der unmittelbaren Rechtsfolgen	78
	1. Bei begünstigenden und belastenden Verfügungen	79
	2. Bei feststellenden Verfügungen	79
	3. Bei ablehnenden Verfügungen	79
	4. Bei angemassten Rechtspositionen	79
	B. Aufschub der mittelbaren Rechtsfolgen	80
	C. Zusammenfassung	80
II.	Der Aufschub betrifft ausnahmsweise nur bestimmte Wirkungen der angefochtenen Verfügung	80
	A. Anfechtung von Auflagen	81
	B. Anfechtung von Bedingungen	

§ 11 ANWENDUNGSBEREICH DER AUFSCHIEBENDEN WIRKUNG	88
I. Im Allgemeinen	88
II. Beschränkung des Anwendungsbereichs auf Rechtsmittel gegen belastende Verfügungen	88
III. Bei Verfügungen mit Drittwirkung	89
A. Begriff	89
B. Rechtsmittelmöglichkeiten des belasteten Dritten	89
C. Wirkung von Drittbeschwerden	89
IV. Bei Vollstreckungsverfügungen	90
A. Rechtsschutzbedürfnis	90
B. Anfechtungsobjekte	92
V. Bei Vollzogenen Verfügungen	93
VI. Bei Verfügungen über Geldleistungen	94
A. Beschwerden gegen Verfügungen über Geldleistungen haben immer aufschiebende Wirkung	94
B. Begriff der Verfügung über eine Geldleistung	94
VII. Bei Allgemeinverfügungen	95
§ 12 ENTSCHEIDUNGSKRITERIEN FÜR GEWÄHRUNG, ABAENDERUNG UND ENTZUG DER AUFSCHIEBENDEN WIRKUNG	100

I.	Interessenabwägung	100
II.	Erfolgsaussichten des Rechtsmittels	101
III.	Einfluss der Prozessvoraussetzungen	102
IV.	Vermeidung nachteiliger Präjudizierung	103
V.	Sicherheitsleistung	105
§ 13	BEGINN DER AUFSCHIEBENDEN WIRKUNG	109
I.	Die aufschiebende Wirkung beginnt mit dem Lauf der Rechtsmittelfrist	109
A.	Der Lauf der Rechtsmittelfrist	109
B.	Die Einreichung des Rechtsmittels	109
C.	Würdigung dieser Lösung	110
D.	Einschränkungen des vorläufigen Rechtsschutzes	110
a.	Die mangelhafte Eröffnung hemmt die Wirksamkeit und Vollstreckbarkeit der Verfügung nicht	110
b.	Einfluss der Rechtsmittelbelehrung auf den Beginn der aufschiebenden Wirkung	111
b.a.	Bei fehlender Verpflichtung zur Rechtsmittelbelehrung	111
b.b.	Bei ausdrücklicher Verpflichtung zur Rechtsmittelbelehrung	112
b.c.	Bei falscher Rechtsmittelbelehrung	113

II. Die aufschiebende Wirkung beginnt mit der Einreichung eines Rechtsmittels	114
A. Im Allgemeinen	114
B. Beginn der aufschiebenden Wirkung bei unzulässigen Rechtsmitteln	115
III. Die aufschiebende Wirkung beginnt mit der Anordnung durch die Rechtsmittelinstanz	115
A. Ursprüngliche Anordnung	115
B. Wiederherstellung	115
IV. Zusammenfassung	115
§ 14 ABAENDERUNG DER ANORDNUNG UEBER DIE AUFSCHIEBENDE WIRKUNG	120
§ 15 BEENDIGUNG DER AUFSCHIEBENDEN WIRKUNG	122
I. Beendigung durch Eintritt der formellen Rechtskraft der Verfügung	122
II. Beendigung vor Eintritt der Rechtskraft der angefochtenen Verfügung	122
III. Folgen der Beendigung	122
§ 16 ZUSAMMENFASSUNG	124

DRITTES KAPITEL	126
VORSORGLICHE MASSNAHMEN	
§ 17 ZWECK DER VORSORGLICHEN MASSNAHMEN IM ENGEREN SINN	126
I. Im Allgemeinen	126
II. Vorläufige Aufrechterhaltung eines bestehenden Zustandes	126
III. Vorläufige Sicherung bedrohter rechtlicher Interessen	127
IV. Vorläufige Regelung eines Rechtsverhältnisses	127
V. Das Verhältnis der vorsorglichen Massnahmen zur aufschiebenden Wirkung	127
§ 18 INHALT DER VORSORGLICHEN MASSNAHMEN	131
I. Richterliches Ermessen	131
II. Keine Vorwegnahme des Endurteils	131
III. Vorläufige Gewährung beanspruchter Rechte	131
IV. Inhaltliche Abänderung während der Dauer des Verfahrens	132
§ 19 BEENDIGUNG DER VORSORGLICHEN MASSNAHMEN	135

VIERTES KAPITEL	136
UEBERSICHT UEBER DIE HAFTUNGSRECHTLICHEN PROBLEME	
§ 20 VERANTWORTLICHKEITEN AUS DER ANORDNUNG VON VORSORGLICHEN MASSNAHMEN	136
I. Grundlagen der Verantwortlichkeit de lege lata	136
A. Verantwortlichkeit der Behörden	136
1. Gemäss Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes	136
2. Gemäss VwVG (Art. 55 Abs. 4)	137
3. Gemäss OG	137
4. Gemäss Verantwortlichkeitsgesetz des Kantons Aargau	137
B. Verantwortlichkeit des Drittbeschwerdeführers	138
1. Gemäss VwVG und VRPG AG	138
2. Gemäss OG	138
C. Zusammenfassung	138
II. Lösungsansätze de lege ferenda	139
A. Kausalhaftung	139
B. Verschuldenshaftung	139
C. Verpflichtung zu einer Sicherheitsleistung	139

LITERATURVERZEICHNIS

- ACKERMANN Josef: Die solothurnische Verwaltungsgerichtsbarkeit, Diss. Freiburg 1967.
- ALDER Claudisus: Ausgewählte Fragen aus dem Verwaltungs- und Verwaltungsrechtspflegeverfahren des Kantons Basel-Stadt und Postulate de lege ferenda, in: BJM 1975 S. 113 ff.
- AUBERT Jean-François: Traité de droit constitutionnel suisse, Neuenburg 1967.
- BAUMANN Fritz: Die Rechtskraft im Verwaltungsrecht, SJZ Bd. 52, S. 337 f.
- BAUMGARTNER Urs: Die Legitimation in der Verwaltungsrechtspflege des Kantons Aargau. Diss. Zürich 1978, zit. BAUMGARTNER.
- BAUR Fritz: Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, Tübingen 1967, zit. Studien.
- BETTERMANN Karl August: Vorbeugender Rechtsschutz in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 45, S. 185 ff.
- Zivilgerichtlich verfolgbarer Schadenersatzanspruch bei unberechtigter Verwaltungsvollstreckung, JZ 1960, S. 335 ff.
- BIRCHLER Maurus Theodor: Baueinsprache und Baubewilligung nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1970.
- BIRCHMEIER Wilhelm: Handbuch des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16.12.1943, Zürich 1950, zit. BIRCHMEIER.
- BLUMENSTEIN Ernst: Der Suspensiveffekt in der bernischen Verwaltungsrechtspflege, in: MBVR 14 (1916), S. 1 ff, zit. Suspensiveffekt.
- Die provisorische Verfügung im Administrativprozess, in: MBVR 9 (1911), S. 10 ff, zit. Provisorische Verfügung.
- Der Rechtsschutz gegen Verfügungen, in: MBVR 48 (1950), S. 209 ff, zit. Rechtsschutz.
- BLUMENSTEIN Max: Die Bedeutung der Officialmaxime in der bernischen Verwaltungs- und Zivilrechtspflege, Diss. Bern 1935.
- BONNARD Alexandre: L'effet suspensif des recours administratifs au Conseil d'Etat du canton de Vaud, RDAF 1959, S. 285 ff, zit. BONNARD.
- BOSSHARD Oskar: Formen der Anfechtung vor Verwaltungsgericht, in: ZBI 56, S. 521 ff.
- Erste Ergebnisse der zürcherischen Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: ZBI 64, S. 225 ff.
- BOSSHART Dieter Rudolf: Die Anfechtungsobjekte der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bund und in den Kantonen, Diss. Zürich 1965, zit. Anfechtungsobjekte.
- BOSSHART Eduard: Kommentar zum zürcherischen Verwaltungsrechtspflegegesetz, Zürich 1960, zit. Kommentar.
- BRUNSCHWILER Carl Hans: Inzidente und prinzipale Normenkontrolle nach dem aargauischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, in: Aargauische Rechtspflege im Gang der Zeit, Festschrift AJV, Veröffentlichungen zum aargauischen Recht, Heft 21, Aarau 1969, S. 391 ff, zit.

BRUNSCHWILER, Normenkontrolle.

BUSER Gustav: Zur Geschichte und Reform der aargauischen Verwaltungsrechtspflege, in ZSR 1943 (Bd. 62), S. 241 ff.

- Zivilweg und Verwaltungsweg nach aargauischem Recht, in ZBI 49, S. 257 ff.

DAUMANN Klaus Dietrich: Der Suspensiveffekt des § 80 VwGO als Vollzugs- oder Wirkungshemmung, Diss. Berlin 1964, zit. DAUMANN.

DE CLERK Hans: Einstweilige Anordnungen im Verwaltungsgerichtsverfahren, in: NJW 1956, S. 1337 ff.

- Aufschiebende Wirkung der Anfechtung von Verwaltungsakten, in: NJW 1961, S. 2233 ff. zit. Aufschiebende Wirkung.

- Vorläufiger Rechtsschutz Dritter gegen begünstigende Verwaltungsakte, in: DöV 1964, S. 152 ff.

DUBS Hans: Stand und Ausbaumöglichkeiten der verwaltungsinterne Rechtspflege, in: Aargauische Rechtspflege im Gang der Zeit, Festschrift des AJV, Veröffentlichungen zum aargauischen Recht, Heft 21, Aarau 1969, S. 271 ff. zit. DUBS.

EICHENBERGER Kurt: Die Verwaltungsrechtsprechung des aargau- (von Fahrwangen) ischen Obergerichts, Diss. Zürich 1921.

EICHENBERGER Kurt: Der Ausbau der Verwaltungsgerichtsbarkeit (Prof.) im Kanton Aargau, in: Aarg. Beamtenblatt 1962, Heft 9/10, S. 113 ff / 121 ff; Sonderabdruck.

- Die aargauische Verwaltungsgerichtsbarkeit im System der schweizerischen Verwaltungsrechtspflege, in: Aargauische Rechtspflege im Gang der Zeit, Festschrift des AJV, Veröffentlichungen zum aargauischen Recht, Aarau 1969, S. 293 ff.

EICHENBERGER Kurt: Beiträge zum aargauischen Zivilprozessrecht, (alt Obergerichter) Veröffentlichungen zum aargauischen Recht, Heft 6, Aarau 1949, zit. EICHENBERGER, Beiträge.

EYERMANN Erich/FROEHLER Ludwig: Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) Berlin 1974, zit. EYERMANN/FROEHLER.

FEHR Otto: Die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Zürich, Diss. Zürich 1941, zit. FEHR.

FINKELNBURG Klaus: Der vorläufige Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, NJW Heft 12, München 1973, zit. FINKELNBURG.

FISCHLI Ernst: Die neuen Prozeduren des Bundesverwaltungsrechts, in: BJM 1971, S. 257 ff, zit. Neue Prozeduren.

FLEINER Fritz: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 2. Neudruck der 8. Aufl., 1963, zit. Institutionen.

FLEINER-GERSTER Thomas: Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, Zürich 1977, zit. FLEINER-GERSTER.

FORSTHOFF Ernst: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I Allg. Teil, 10. Aufl., München 1973.

FRENKEL Max: Institutionen der Verwaltungskontrolle, Diss. Zürich 1969.

- FURRER Christian: Die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Uri, Diss. Zürich 1971.
- GEISER Hanspeter: Rechtsschutz im Verwaltungsvollstreckungsverfahren, Diss. St.Gallen 1978, zit. GEISER.
- GIACOMETTI Zaccaria: Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Zürich 1960, zit. Allgemeine Lehren.
- GRISEL André: Droit administratif suisse, Neuenburg 1970, zit. Droit administratif.
- GULDENER Max: Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl. 1979, zit. GULDENER.
- GYGI Fritz: Verwaltungsrechtspflege und Verwaltungsverfahren im Bund, 2. Aufl. Bern 1974, zit. Verwaltungsverfahren.
- Verwaltungskontrolle, Verwaltungsrechtspflege und Verfassungsschutz, in: ZBJV 105, S. 293 ff.
 - Eidgenössische und kantonale Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: ZBJV 112, S. 281 ff, zit. Verwaltungsgerichtsbarkeit.
 - Aufschiebende Wirkung und vorsorgliche Massnahmen in der Verwaltungsrechtspflege, in: ZBI 77, S. 1 ff, zit. Vorsorgliche Massnahmen.
 - Das System der Verwaltungsrechtspflege in Bundesverwaltungssachen, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtssprechung des schweizerischen Bundesgerichts, zit. System der Verwaltungsrechtspflege.
 - Aktuelle Probleme des Rechtsschutzes in Verwaltungssachen, in: ZBJV 92, S. 925 ff.
- GYGI Fritz: Bundesrechtliche Rechtsmittel bei Entzug von Führerausweisen, in: Rechtsprobleme des Strassenverkehrs, Berner Tage für juristische Praxis 1964, zit. Rechtsmittel.
- Beiträge zur Lehre vom Verwaltungsakt, in ZSR 100 I, S. 399 ff.
- GYGI Fritz/STUCKI Rudolf: Handkommentar zum bernischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Bern 1961, zit. Kommentar.
- HAERING Adolf: Die Anwendung von zivilprozessualen Regeln im verwaltungsgerichtlichen Beschwerdeverfahren, Diss. Basel 1976, zit. HAERING.
- HALTNER Rolf Heinrich: Begriff und Arten der Verfügung im Verwaltungsverfahren des Bundes (Art. 5 VwVG), Diss. Zürich 1979, zit. HALTNER.
- HANGARTNER Yvo: Widerruf von Verwaltungsakten bei Meinungswandel der Behörden und bei Aenderung der tatsächlichen Verhältnisse, in: ZBI 62, S. 169 ff.
- Die Neuordnung der Verwaltungsrechtspflege im Kanton St.Gallen, in: ZBI 66, S. 441 ff.
- HOLENSTEIN Else: Der Zivilweg in seiner Abgrenzung zum Verwaltungsweg nach aargauischem Recht, Diss. Zürich 1947.
- IMBODEN Max: Erfahrungen auf dem Gebiet der Verwaltungsrechtssprechung in den Kantonen und im Bund, in ZSR NF 66, S. 1a ff, zit. Erfahrungen.
- Ideal und Wirklichkeit der schweizerischen Administrativjustiz, in: SJZ 53, S. 49 ff. zit. Administrativjustiz.

- IMBODEN Max/RHINOW René: Schweizerische Verwaltungsrechtssprechung, 2 Bände, 5. Aufl., Basel 1976, zit. IMBODEN/RHINOW.
- KILLER Albert: Zur Abgrenzung der Verwaltungsgerichtsbarkeit von der Zivilgerichtsbarkeit, in: Aargauische Rechtspflege im Gang der Zeit, Festschrift des AJV, Veröffentlichungen zum aargauischen Recht, Heft 21, Aarau 1969, S. 307 ff.
- KIRCHHOFFER Emil: Die Verwaltungsrechtspflege beim Bundesgericht, in: ZSR NF 49, S. 1 ff.
- KOELZ Alfred: Prozessmaximen im schweizerischen Verwaltungsprozess, Diss. Zürich 1973, zit. Prozessmaximen.
- Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich 1978, zit. Kommentar.
- KOELZ Alfred/KOTTUSCH Peter: Bundesrecht und kantonales Verfahrensrecht - Eine Problemübersicht, in ZBI 79, S. 421 ff, zit. KOELZ/KOTTUSCH.
- KUMMER Max: Grundriss des Zivilprozessrechts, 2. Aufl. Bern 1974, zit. KUMMER.
- LANGENEGGER Leo: Der Rechtsschutz in Verwaltungsangelegenheiten nach zugerischem Recht, Diss. Freiburg 1959.
- LEUTHOLD Maja: Die Anwendung von Zivilrecht auf öffentlich-rechtliche Rechtssachen, Diss. Zürich 1970.
- LEVI Robert: Bemerkungen zum Rechtsschutz des Privaten im Verwaltungsverfahren, in: Rechtsprobleme von Stadtgemeinden, Zürich 1961.
- LOEWER Kurt: Haben unzulässige Rechtsbehelfe aufschiebende Wirkung? in: DVBI 1963, S. 343 ff, zit. Unzulässige Rechtsbehelfe.
- LUDWIG Peter: Endentscheid, Zwischenentscheid und Letztinstanzlichkeit im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren, in: ZBJV 110, S. 161 ff, zit. LUDWIG.
- MARTI Hans: Die staatsrechtliche Beschwerde, 3. Aufl., Basel 1977, zit. MARTI.
- MARTIN Rudolph: Einstweilige Verfügungen im Verwaltungsstreitverfahren, in: NJW 1956, S. 90 ff.
- MEIER Bernhard: Die verwaltungsbehördliche Verwaltungsrechtspflege im Kanton Aargau, Aarau 1949, zit. MEIER.
- MENGER Christian Friederich: System des verwaltungsrechtlichen Rechtsschutzes, Tübingen 1954.
- MEYLAN Jacques: De l'effet suspensif en procédure vaudoise de recours administratif, in: RDAF 1970, S. 49 ff, zit. MEYLAN.
- MUELLER Georg: Interessenabwägung im Verwaltungsrecht, in ZBI 73, S. 337 ff. zit. MUELLER.
- MUELLER Heinrich Andreas: Der Verwaltungszwang, Diss. Zürich 1975, zit. Verwaltungszwang.
- MUELLER Peter: Vorbeugender Verwaltungsrechtsschutz, Zeitschrift für Walliser Rechtssprechung 1971, S. 342 ff, zit. Vorbeugender Rechtsschutz.
- MUELLER Peter A.: Die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Wallis, Diss. St.Gallen 1969.
- NAUMANN Richard: Vom vorbeugenden Rechtsschutz im Verwaltungs-

- prozess, in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 391 ff. zit. NAUMANN.
- OBERMAYER Klaus: Bemerkungen zur einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozess, in: Gedächtnisschrift Hans Peters, Berlin, Heidelberg, New York 1967, zit. Einstweilige Anordnung.
- QUARITSCH Helmut: Der Gegenstand des vorläufigen Rechtsschutzes im Verwaltungsprozess, Diss. Hamburg 1957.
- Die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozess, in: VA Bd. 51, S. 210 ff und 342 ff. zit. QUARITSCH.
- ROHMEYER Hartwig: Geschichte und Rechtsnatur der einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozess, Berlin 1967, zit. Einstweilige Anordnung.
- ROOS Gottfried: Betrachtungen zum neuen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, in: MBVR 61, S. 385 ff, zit. Betrachtungen.
- RUCKDAESCHEL Oskar: Vorbeugender Rechtsschutz im Verwaltungsprozess, in: DÖV 1961, S. 675 ff.
- SALADIN Peter: Die Erweiterung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bund, in: ZBI 67, S. 41 ff und 65 ff.
- Verwaltungsprozessrecht und materielles Verwaltungsrecht, in: ZSR 94 II 1975, S. 5307 ff.
- SCHWAGER Klaus: Die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Thurgau, Diss. Zürich 1967.
- SCHWARZENBACH Hans R.: Grundriss des allgemeinen Verwaltungsrechts, 6. Aufl., Bern 1975, zit. Grundriss.
- SEILER Peter: Neuordnung der Verwaltungsrechtspflege im Kanton Graubünden, in: ZBI 68, S. 505 ff.
- STEINITZ Hans: Die vorsorglichen Verfügungen des Bundesgerichts in öffentlichrechtlichen Streitigkeiten, in: ZSR 58, S. 199 ff., zit. Vorsorgliche Verfügungen.
- STRAEULI Hans/MESSMER Georg: Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1976, zit. STRAEULI/MESSMER.
- TROLLER A.: Schadenersatzpflicht wegen unbegründeter vorsorglicher Massnahmen, in: SJZ 43, S. 22 ff.
- ULE Carl Hermann: Verwaltungsprozessrecht, 6. Aufl., München 1975, zit. ULE.
- Vorbeugender Rechtsschutz im Verwaltungsprozess, in: VA 65, S. 29 ff, zit. Vorbeugender Rechtsschutz.
- UTZINGER E.: Der Rechtsschutz im Verwaltungsrecht, in: NZZ vom 15.12.1961.
- VALLENDER Klaus/DAVID Eugen: Leitsätze zum OG und VwVG, Bern 1978, zit. VALLENDER/DAVID.
- WERRA Raphael von: Handkommentar zum Walliser Verwaltungsverfahren, Bern 1967, zit. Kommentar.
- WIESELER Willi: Der vorläufige Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte, Berlin 1967, zit. WIESELER.
- WOLFER Robert: Die verwaltungsrechtliche Baueinsprache des DRITTEN nach zürcherischem Recht, Diss. Zürich 1970, zit. WOLFER.
- WOLFF Hans/BACHOF Otto: Verwaltungsrecht, Bd. 1, 9. Aufl.,

München 1974, Bd. 2, 4. Aufl., München 1976, zit.
WOLFF/BACHOF.

ZIMMERLIN Erich: Baugesetz des Kantons Aargau vom 2. Februar
1971, Kommentar, Aarau 1977, zit. ZIMMERLIN.

ABKUERZUNGEN

a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
AGS	Aargauische Gesetzessammlung
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungs- entscheide
AJV	Aargauischer Juristenverein
Al.	Alinea
a.M.	anderer Meinung
Aufl.	Auflage
BauD	Baudepartement
BauG	Baugesetz des Kantons Aargau vom 2. Februar 1971, AGS Bd.8, S. 125 ff.
BB	Bundesblatt
Bd.	Band
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheidungen des schweizerischen Bun- desgerichts, amtliche Sammlung
BGer	Bundesgericht
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BMR	BB vom 17. März 1972 über dringliche Massnahmen auf dem Gebiete der Raum- planung
BRB	Bundesratsbeschluss
BVR	Bernisches Verwaltungsrecht, Periodikum ab 1976, (vorher: MBVR)
DÖV	Die (deutsche) öffentliche Verwaltung, Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik
DVBI	Deutsches Verwaltungsblatt
f; ff	und folgende
G	Gesetz
Hinw.	Hinweis
i.V.m.	In Verbindung mit
JZ	Juristenzeitung

KKW	Kernkraftwerk
lit.	Littera
MBVR	Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen (bis 1975, nachher: BVR)
N.	Note, Fussnote, Randnote
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16.12.1943 / 20.12.1968, SR 173.110
OGer	Obergericht
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RR	Regierungsrat
S.	Seite
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
V	Verordnung
VA	Verwaltungsarchiv
VEB	Verwaltungsentscheide der Bundesbehörden (bis 1963, nachher VPB)
vergl.	vergleiche
Verw.	Verweis
VGer	Verwaltungsgericht
VGE	Verwaltungsgerichtsentscheid
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden (ab 1964, vorher VEB)
VRG	(zürcherisches Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege)
VRP	Verwaltungsrechtspflege
VRPG	(aargauisches) Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 9.7.1968, AGS Bd. 7, S. 199 ff.
VwGO	Deutsche (Bundes-) Verwaltungsgerichtsordnung vom 21.1.1960
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20.12.1968, SR 172.021

ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZBI	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung
Zit. / zit.	Zitat / zitiert
ZR	Blätter für zürcherische Rechtssprechung
ZSR	Zeitschrift für schweizerisches Recht

ERSTES KAPITEL

GRUNDLAGEN

§ 1 Zweck der vorsorglichen Massnahmen

I. Aufgaben der vorsorglichen Massnahmen im allgemeinen

A. Ursprüngliche Aufgaben

Die zum Zweck der Gewährleistung eines vorläufigen Rechtsschutzes an die vorsorglichen Massnahmen gestellten Aufgaben sind im Verlaufe der Zeit durch Rechtssetzung und Rechtsprechung zahlreicher und differenzierter geworden. ¹⁾ Bestand die klassische Aufgabe zunächst vorwiegend in der Sicherung der Vollstreckung von richterlichen Entscheiden, so liegt heute das Gewicht auf einer rasch zugreifenden behördlichen Regelung von Rechtsverhältnissen aller Art. Auf dem Gebiet der Rechtspflege gibt es daher heute kaum ein Verfahren, in welches durch die Rechtssetzung nicht sichernde oder regelnde prozessuale Mittel ²⁾ aufgenommen wurden, die dem ordentlichen Rechtsschutz vorgeschaltet sind. Der Grund für diese Ausdehnung liegt hauptsächlich in einem gesteigerten Rechtsschutzbedürfnis, welches seinerseits auf verschiedene Ursachen zurückgeführt werden kann. ³⁾ Das dem Richter bei der Anwendung dieser Normen in der Regel zustehende weite Ermessen über die inhaltliche Ausgestaltung ⁴⁾ hat überdies zu vielfältigen und flexiblen Einzelfalllösungen geführt, die den praktischen Bedürfnissen regelmässig zu genügen vermögen.

B. Ausdehnung der ursprünglichen Aufgaben

Neben die Sicherungsfunktion ist im Interesse des Rechtsfriedens heute vor allem die Regelungsfunktion getreten. Ihren jeweiligen Zwecken entsprechend werden in der Lehre heute drei Arten von vorsorglichen Massnahmen unterschieden: ⁵⁾

1. Sicherungsmassnahmen:

Sie dienen der Sicherstellung des späteren Urteilsvollzuges (Verbot der Veränderung und Veräusserung des Streitgegenstandes, Aufrechterhaltung des bestehenden Zustandes);

2. Regelungsmassnahmen:

Mit ihnen wird die rechtliche Ordnung des strittigen Rechtsverhältnisses für die Dauer des Rechtsstreites angestrebt (z.B. vorsorgliche Massnahmen im Ehescheidungsverfahren);

3. Leistungsmassnahmen:

Sie stellen eine vorweggenommene Vollstreckung des Klagebehrens für die Dauer des Prozesses dar (z.B. vorläufige Vollstreckung eines Anspruches auf Geldleistung hinsichtlich der Unterhaltsbeiträge).

Diese Ausdehnung des vorläufigen Rechtsschutzes kommt in vermehrtem Masse auch in den Verwaltungsrechtspflegesetzen zum Ausdruck. ⁶⁾ Mit der Einführung von geeigneten prozessualen Instituten hat die Rechtssetzung damit die gesetzlichen Voraussetzungen für einen umfassenden Schutz des Einzelnen vor einer immer mächtiger werdenden Staatsgewalt geschaffen.

C. Ziel der vorliegenden Arbeit

Es ist das Ziel der vorliegenden Arbeit, die gesetzlichen Grundlagen und den Anwendungsbereich für einen vorläufigen Rechtsschutz auf dem Gebiet des Verwaltungsrechtspflegeverfahrens zu umschreiben, unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse nach dem Recht des Bundes und des Kantons Aargau.

II. Aufgaben der vorsorglichen Massnahmen im Verwaltungsrechtspflegeverfahren im besonderen

A. Gewährleistung eines umfassenden Rechtsschutzes für den Einzelnen

Ausgangspunkt für die nachfolgenden Betrachtungen ist das Rechtsschutzbedürfnis des Einzelnen vor einer rechtswidrigen Anordnung von Verwaltungsbehörden. Rechtsschutz wird im Verwaltungsrecht zunächst durch präventive Garantien gewährleistet. Derartige Sicherungen einer rechtmässigen Verwaltung bilden z.B. die Rechtskontrolle, welche die oberen Verwaltungsbehörden Kraft ihrer Dienstgewalt oder Aufsichtskompetenz von Amtes wegen über die Tätigkeit der ihnen unterstellten Verwaltungsorgane bzw. der Gemeinden ausüben, das rechtsstaatliche Verwaltungsverfahren mit der Garantie des rechtlichen Gehörs beim Erlass von Verwaltungsakten, der Widerruf von fehlerhaften Verwaltungsakten, das Kollegialsystem in der Verwaltungsorganisation, die parlamentarische Oberaufsicht über die Verwaltung usw. Solche präventiven Garantien allein sind aber nicht im Stande, Rechtsverletzungen durch die Verwaltung zu verhindern. Deshalb müssen zu den präventiven noch repressive Garantien der Rechtmässigkeit der Verwaltung treten. ⁷⁾ Es ist die Aufgabe der Institutionen der Verwaltungsrechtspflege, die durch fehlerhafte Verwaltungsakte in Frage gestellten verwaltungsrechtlichen Rechte und Ansprüche des Bürgers zu sichern. ⁸⁾ Diese Rechtsschutzfunktion der Verwaltungsrechtssprechung hat in der neueren Zeit zunehmend an Bedeutung gewonnen. ⁹⁾ Der Ausbau der institutionellen Sicherungen gegen Uebergriffe und Willkürakte des Staates entspricht dem rechtsstaatlichen Postulat, dass jeder Bürger in den Stand gesetzt wird, sich gegen ungerechtfertigte Beeinträchtigungen zu wehren. ¹⁰⁾

Die Wirksamkeit dieses Rechtsschutzes hängt aber nicht nur davon ab, ob dem von einem Handeln der Verwaltungsbehörden Betroffenen genügend Rechtsmittel und ein mit ausreichenden Rechtsgarantien versehenes Verfahren zur Verfügung stehen. Ebenso wichtig ist die Frage, ob die Verwaltungsbehörden bei Eingriffen in die Freiheit und in das Eigentum des Privaten gehindert werden können, vor der endgültigen Entscheidung

durch übergeordnete Rechtsmittelinstanzen über den Streitgegenstand vollendete Tatsachen zu schaffen, und ob sie in der Lage sind, von ihnen geforderte Leistungen zu gewähren, bevor über den Bestand solcher Ansprüche rechtskräftig entschieden worden ist. ¹¹⁾ Der an sich bestehende Vorrang der Verwaltung, der sich daraus ergibt, dass sie die Anordnung einseitig verbindlich erlassen und vollstrecken kann, soll während der Dauer des Rechtsmittelverfahrens durch ein Gleichgewicht zwischen Verwaltung und Rechtsuchendem abgelöst werden.

B. Rechtsschutz durch rasch wirkende prozessuale Gestaltungsmittel

Damit die prozessleitenden und urteilenden Instanzen in der Lage sind, einen umfassenden vorläufigen Rechtsschutz zu gewährleisten, müssen sie über entsprechende prozessuale Mittel verfügen können. Drohenden wie begangenen Rechtsverletzungen kann oft wirksam nur durch eine rasche Entscheidung begegnet werden, die zwangsläufig auf einer summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage beruhen muss. ¹²⁾ Anordnungen, welche schon vor Eintritt der Rechtskraft des Endurteils einen derartigen vorläufigen Rechtsschutz gewähren, heissen einstweilige Anordnungen oder vorsorgliche Massnahmen. ¹³⁾ Zweck dieser vorsorglichen Massnahmen im weitesten Sinn ist die Vermeidung eines nicht oder nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils, ¹⁴⁾ insbesondere durch Veränderung des bestehenden Zustandes. ¹⁵⁾

Wo der Entscheid in der Hauptsache nicht rasch genug ergehen kann, um einen dringlich erforderlichen Rechtsschutz zu gewähren, würde die Rechtspflege ohne die Möglichkeit solcher vorsorglichen Massnahmen zu einem "Leerlauf in der Sache" führen. ¹⁶⁾ Man denke z.B. an einen dressierten Blindenhund, dessen Tötung durch die zuständige Behörde angeordnet wurde. Der blinde Eigentümer bestreitet die Rechtmässigkeit des Verwal-

tungsaktes mit der Begründung, der Hund sei nicht verseucht, im übrigen könne eine etwaige Krankheit des Hundes durch Medikamente geheilt werden. Hier zeigt sich auf der einen Seite das Interesse der Verwaltung, den Hund sobald wie möglich zu töten, damit die Gefahr für die Öffentlichkeit aus der ihrer Meinung nach bestehenden Verseuchung schnellstens beseitigt wird; auf der anderen Seite besteht das verständliche Interesse des Blinden, zunächst eine gerichtliche Entscheidung über die Rechtmässigkeit des Verwaltungsaktes herbeizuführen, damit er nicht durch den Vollzug eines möglicherweise rechtswidrigen Verwaltungsaktes sein wertvolles Tier verliert und dadurch einen irreparablen Schaden erleidet, der jeden späteren Rechtsschutz praktisch wertlos macht. 17) Im Falle eines Vollzuges der Tötungsanordnung würde der Richter vor vollendete Tatsachen gestellt, sein Urteil wäre verspätet und damit illusorisch. 18)

Im Anfechtungsstreitverfahren 19) wie im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren 20) erweisen sich die vorsorglichen Massnahmen damit als ein unverzichtbares prozessuales Gestaltungsmittel 21) zur Sicherung der Effektivität der Entscheidung in der Hauptsache, die den Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung sowohl im Interesse des Einzelnen als auch im Interesse der Allgemeinheit durchzusetzen hat. 22) Das gezeigte Beispiel lässt erkennen, dass die Anordnung vorsorglicher Massnahmen unter anderem vom Ergebnis der Abwägung der beteiligten öffentlichen und privaten Interessen bestimmt wird. 23) Der Einzelne hat dabei keinen unbedingten Anspruch auf die Durchsetzung seiner individuellen Interessen; erweisen sich seine persönlichen Interessen gegenüber den Interessen der Öffentlichkeit objektiv als weniger gewichtig, so haben sie zurückzustehen. Dies bedeutet keine Einschränkung des grundsätzlichen Schutzes vor staatlicher Willkür. 24)

- 1) ROHMEYER, Einstweilige Anordnung, 1 ff.
BAUR, Studien, 1 ff.
- 2) Nach ihrer prozessrechtlichen Ausgestaltung handelt es sich hierbei um prozessleitende Verfügungen, die regelmässig selbständig anfechtbar sind. Vergl. GYGI, Verwaltungsverfahren, 51 und 99; ROHMEYER, Einstweilige Anordnung, 73 ff; LUDWIG, 173 f. Vergl. § 7 III. B.2.
- 3) Als Gründe für diese Ausdehnung können neben zivilisationsbedingten auch psychologische Faktoren, ein gesteigertes soziales Schutzbedürfnis und die Mängel des ordentlichen Prozesses genannt werden. Angesichts der in der Regel langen Dauer eines Prozesses können und wollen die Parteien nicht zuwarten, bis das Gericht nach Jahr und Tag über den Rechtsstreit entschieden hat. So suchen sie, im Verfahren der vorsorglichen Massnahme ein rasches Urteil zu erhalten, da sie mit Recht darauf verweisen können, dass ein allzulange dauernder ordentlicher Prozess zu einer Gefährdung, ja Vernichtung ihrer Rechtsstellung führen kann. Allerdings besteht diesfalls die Gefahr, dass sich die Parteien mit der durch die vorsorgliche Massnahme getroffenen Entscheidung begnügen, mit dem Ergebnis, dass dieses Verfahren den ordentlichen Prozess ersetzt. Vergl. BAUR, Studien, 4 ff.
- 4) Als Grenzen hat der Richter jedoch auf alle Fälle die Konnexität des vorsorglichen Rechtsschutzes mit dem Hauptspruch sowie die Verhältnismässigkeit der erlassenen Massnahme zu beachten. Ob der Richter sich dabei streng an die Dispositionsmaxime halten muss, oder ob er in einem einzelnen Fall (ohne die Parteiherrschaft bei der Prozessführung aufzugeben und unter Wahrung des rechtlichen Gehörs) ihm zweckmässig erscheinende Anordnungen treffen kann, ist umstritten. Eine Grenze findet sein richterliches Ermessen jedenfalls an der gesamten Rechtsordnung. Vergl. VOGEL, in NZZ vom 17.2.79.
Vergl. § 18 I.
- 5) GULDENER, 381 ff.
- 6) AARGAU:
Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 9. Juli 1968, § 44
BASEL-LAND:
Gesetz über die Rechtspflege in Verwaltungs- und Sozialversicherungssachen vom 22. Juni 1959/25. September 1972, § 20
BASEL-STADT:
Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 14. Juni 1928, §§ 17 und 24

BERN:

Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 22. Oktober 1961,
Art. 33

GRAUBUENDEN:

Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 9. April 1967,
Art. 31 und Art. 57

LUZERN:

Gesetz über die Organisation des Verwaltungsgerichts und die
Verwaltungsrechtspflege vom 3. Juli 1972, §§ 45 und 131

OBWALDEN:

Verordnung über das Verwaltungsgerichtsverfahren vom 9. März
1973, Art. 12

SOLOTHURN:

Verwaltungsrechtspflegegesetz vom 15. November 1970,
Art. 36 und Art. 70

ST.GALLEN:

Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. Mai 1965,
Art. 18 und Art. 51

SCHAFFHAUSEN:

Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 20.
September 1971, Art. 4 und Art. 23

SCHWYZ:

Verordnung über die Verwaltungsrechtspflege vom 6. Juni 1974,
Art. 42

WAADT:

Arrêté fixant la procédure pour les recours administratifs
du 15 septembre 1952, Art. 14

WALLIS:

Gesetz über das Verwaltungsverfahren und die Verwaltungs-
rechtspflege vom 6. Oktober 1976, Art. 51 und Art. 52

ZUERICH:

Gesetz über den Rechtsschutz in Verwaltungssachen vom 24. Mai
1959, §§ 6, 25 und 55

7) GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, 453 ff.

8) GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, 453 ff.

GRISEL, Droit administratif, 455 ff.

FLEINER, Institutionen, 288 ff.

MEIER, 2 ff.

Neben dem Individualrechtsschutz bezweckt die Verwaltungs-
rechtspflege auch die Rechtsfortbildung und die Verwirk-
lichung des objektiven öffentlichen Rechtes, d.h. Wahrung

der Anliegen der Allgemeinheit und Bestimmung der im Einzelfall ausschlaggebenden öffentlichen Interessen. Vergl. BAUMGARTNER 28, und zit. BGE 99 Ib 79.

- 9) IMBODEN, Erfahrungen, 9a.

IMBODEN, Administrativjustiz, 1 ff.

GYGI, Verwaltungsgerichtsbarkeit, 281 ff.

- 10) FLEINER, Institutionen, 228.

IMBODEN, Erfahrungen, 8a.

GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, 456.

IMBODEN/RHINOW, Nr. 80 B Ia.

ROOS, Betrachtungen, 385 ff.

Nicht "den Bürger in eigenen Rechten zu schützen", ist die Aufgabe der Verwaltungsrechtspflege, sondern den Bürger vor den Auswirkungen falscher Rechtsanwendung im weitesten Sinn auf seine Interessensphäre zu schützen. Vergl.

BAUMGARTNER, 27.

- 11) ULE, Verwaltungsprozessrecht, 243.

- 12) GYGI, Vorsorgliche Massnahmen, 6.

- 13) GULDENER, 381.

Der Begriff der einstweiligen Anordnung entspricht der deutschen Terminologie.

- 14) Vergleiche zum Begriff des nicht oder nicht leicht wieder gutzumachenden Nachteils BGE 99 Ib 413 ff, 101 Ia 162, § 7 III.B.2.

- 15) STRAEULI/MESSMER, Note 15 zu § 110.

- 16) BLUMENSTEIN, Provisorische Verfügung, 151.

OBBERMEYER, Einstweilige Anordnung, 878.

Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 24.2.78, Nr. III.16.

- 17) WIESELER, 24.

- 18) HAERING, 121.

QUARITSCH, 216.

- 19) Vergl. § 4 IV.

- 20) Vergl. § 4 II.
- 21) ROHMEYER, Einstweilige Anordnung, 77 f.
GYGI, Verwaltungsrechtspflege, 51, 131.
- 22) OBERMAYER, Einstweilige Anordnung, 879.
STEINITZ, Vorsorgliche Verfügungen, 200.
VPB 37, Nr. 25, E.3.
- 23) GYGI, Vorsorgliche Massnahmen, 7.
FLEINER-GERSTER, 243.
WIESELER, 26.
Vergl. § 12. I.
- 24) MENGER, Bonner Grundgesetz, 27.

§ 2 Institute des vorläufigen Rechtsschutzes

I. Aufschiebende Wirkung und andere vorsorgliche Massnahmen

Vorläufiger Rechtsschutz im dargestellten Sinn wird in der Verwaltungsrechtspflege durch die Institute der aufschiebenden Wirkung (Suspensiveffekt) und durch andere ¹⁾ vorsorgliche Massnahmen gewährt. ²⁾ Alle diese vorsorglichen Massnahmen im weitesten Sinne bezwecken, den tatsächlichen oder rechtlichen Zustand einer Streitsache einstweilen unverändert zu bewahren ³⁾ oder bedrohte rechtliche Interessen vorläufig sicherzustellen, ⁴⁾ um nicht oder nicht leicht wieder gutzumachende Nachteile zu vermeiden. Die Bewahrung eines Zustandes und die Sicherstellung rechtlicher Interessen ist in dem Sinn vorläufig, als sie bis zur rechtskräftigen Erledigung der Streitsache andauern. Das Provisorium und der von ihm geschaffene Zustand sollen in der Regel erst durch das sachentscheidende Endurteil abgelöst werden und einer definitiven Regelung weichen. ⁵⁾ Auf Antrag einer Partei oder von Amtes wegen können die vorsorglichen Massnahmen aber auch schon vorher, also noch während der Dauer des Verfahrens, aufgehoben oder abgeändert werden. ⁶⁾

II. Verhältnis zwischen aufschiebender Wirkung und anderen vorsorglichen Massnahmen

Das Verhältnis zwischen aufschiebender Wirkung und anderen vorsorglichen Massnahmen bestimmt sich nach der Art des begehrten Rechtsschutzes. ⁷⁾ Wehrt sich der Beschwerzte dagegen, dass ein Verwaltungsakt vollzogen wird oder vollzogen bleibt, ⁸⁾ so schützt ihn vorläufig grundsätzlich die aufschiebende Wirkung vor einer Rechtsbeeinträchtigung. Will er dagegen eine bestimmte Rechtsposition erst erlangen oder weiter ausbauen, so kann ihm für den Zeitraum bis zur rechtskräftigen Entscheidung über seinen Anspruch nur durch andere vorsorgliche Massnahmen ein vorläufiger Rechtsschutz zuteil werden. ⁹⁾ Es wird daraus er-

sichtlich, dass die aufschiebende Wirkung im Bereich des Rechtsschutzes vor Eingriffen der Verwaltung, insbesondere durch belastende Verfügungen zur Anwendung kommt, ¹⁰⁾ während andere vorsorgliche Massnahmen auf dem Gebiet der Leistungs- und Leistungsverwaltung zur Anordnung gelangen. ¹¹⁾ Unter "anderen" vorsorglichen Massnahmen sind somit solche Anordnungen zu verstehen, die zu erlassen sind, wenn die gesetzliche Regelung oder die Anordnung der aufschiebenden Wirkung nicht ausreichen, um einen umfassenden vorläufigen Rechtsschutz zu gewähren. ¹²⁾ In diesem Sinn schliessen diese anderen vorsorglichen Massnahmen die Lücken, welche die aufschiebende Wirkung im System des vorläufigen Rechtsschutzes hinterlässt. ¹³⁾

Darüber hinaus besteht aber auch die Möglichkeit, die aufschiebende Wirkung mit anderen vorsorglichen Massnahmen zu verbinden. Darauf wird in einem weiteren Teil dieser Arbeit zurückzukommen sein. ¹⁴⁾

III. Terminologisches

Um in terminologischer Hinsicht Klarheit zu schaffen, wird im folgenden unter dem Oberbegriff der vorsorglichen Massnahmen (in einem weiteren Sinn) zwischen der aufschiebenden Wirkung einerseits und vorsorglichen Massnahmen (in einem engeren Sinn) andererseits unterschieden.

- 1) Aus der Systematik und den Marginalen des Verwaltungsgesetzes des Bundes ist zu schliessen, dass im Verwaltungsbeschwerdeverfahren und im Verwaltungsgerichtsverfahren des Bundes die aufschiebende Wirkung als eine Art der vorsorglichen Massnahmen betrachtet wird. Vergl. Art. 55 und 56 VwVG sowie Art. 111 OG in Verbindung mit Art. 113 und Art. 94 OG.

Das Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Aargau regelt

die Anordnung der aufschiebenden Wirkung in § 44 Abs. 1.
In Abs. 2 ist sodann von einer gegenteiligen Anordnung
(bezgl. der aufschiebenden Wirkung) und von anderweitigen
vorsorglichen Massnahmen die Rede.

- 2) GYGI, Vorsorgliche Massnahmen, 1.
- 3) Vergl. Art. 56 VwVG.
- 4) Vergl. Art. 94 OG.
- 5) STEINITZ, Vorsorgliche Verfügungen, 228.
HAERING, 134.
Vergl. § 15
- 6) BIRCHMEIER, 405.
KOELZ, Kommentar, Note 16 zu § 6.
Vergl. § 14.
- 7) WIESELER, 26.
- 8) Dies gilt bei Verwaltungsakten mit Dauerwirkung.
Vergl. § 11 V.
- 9) ULE, Verwaltungsprozessrecht, 243.
WIESELER, 26.
VPB 1962, Nr. 32.
- 10) Zum Anwendungsbereich im einzelnen vergl. § 4.
- 11) KOELZ, Kommentar, Note 3 zu § 6.
ULE, Verwaltungsprozessrecht, 283.
WIESELER, 39 f.
- 12) GYGI, Verwaltungsverfahren, 131.
- 13) WIESELER, 169, 211.
GYGI, Vorsorgliche Massnahmen, 7.
- 14) Vergl. § 17 V.

§ 3 Rückgriff auf zivilprozessuale Regeln

Im Gegensatz zu den Zivilprozessordnungen werden in den Verwaltungsrechtspflegegesetzen die vorsorglichen Massnahmen nur sehr knapp geregelt. ¹⁾ Ob und in welchem Umfang angesichts dieser spärlichen gesetzlichen Bestimmungen auf die entsprechenden Grundsätze der Zivilrechtspflege zurückgegriffen werden darf, ist umstritten.

I. Ablehnende Haltung gegenüber solchen Rückgriffen

Die ablehnende Haltung gründet sich vornehmlich auf die im Verwaltungsrechtspflegeverfahren nach Massgabe des Öffentlichen Rechts grundsätzlich anders gestaltete Rechtslage. ²⁾ Die sich daraus ergebenden, von den Eigengesetzlichkeiten dieses Verfahrens geprägten Rechtsschutzfunktionen lassen sich danach nicht ausschliesslich oder überhaupt nicht durch analoge Anwendung der für den Zivilprozess entwickelten Maximen beurteilen. ³⁾ Statt der ergänzenden oder analogen Anwendung von Normen aus dem Zivilprozessrecht sind diese Lücken vielmehr durch die Praxis selbst auszufüllen, und zwar durch Ableitung aus dem materiellen Recht und aus Zweck und Funktion des mit der Streitsache befassenden Gerichts. ⁴⁾

II. Zustimmende Haltung gegenüber solchen Rückgriffen

Nach anderer Meinung hat es aber mit der Grundverschiedenheit von Verwaltungsrechtspflege und Zivilrechtspflege nichts auf sich. "Die unterschiedliche Natur des streitigen Rechtsverhältnisses bedingt keineswegs massgebend verschiedene Verfahrensgrundsätze. Im Verwaltungs- und im Zivilrechtsstreit wird Rechtspflege besorgt und ausgeübt. Sie ist immer eine öffentliche Aufgabe im Interesse der Durchsetzung des materiellen Rechts, ob sie mit privatrechtlichen oder verwaltungsrechtlichen Streitsachen befasst ist." ⁵⁾ Eine vorsichtige analoge

Uebernahme zivilprozessualer Institute ist deshalb zulässig. Sie ist aber auch erwünscht, weil der Zivilprozess für zahlreiche prozessuale Probleme, die auch im Verwaltungsprozess auftreten, brauchbare Lösungen entwickelt hat. Durch die nur summarisch geregelten Verfahrensordnungen wurde im schweizerischen Verwaltungsprozess teilweise ein prozessuales Denken verhindert, wodurch eine verfahrensrechtliche Unsicherheit entstand. ⁶⁾ Die Uebernahme bewährter Grundsätze anderer Prozessordnungen ist deshalb zu bejahen, wenn es darum geht, unnötige Verschiedenheiten zu vermeiden und eine Einheit der Verfahrensgesetze zu erreichen. ⁷⁾ In diesem Sinn wird denn auch die Heranziehung privatrechtlicher Normen materiellrechtlicher Natur auf öffentlich-rechtliche Rechtssachen bejaht. ⁸⁾

III. Beispiele ausdrücklicher gesetzlicher Verweise

A. Art. 19 VwVG (Verwaltungsverfahren)

"Auf das Beweisverfahren finden ergänzend die Art. 37, 39-41 und 43-61 der Zivilprozessordnung sinngemäss Anwendung."

B. Art. 120 OG (Verwaltungsrechtliche Klage) ⁹⁾

Als ergänzende Verfahrensbestimmungen finden u.a. die Art. 3-85 des BG über den Bundeszivilprozess Anwendung; (Art. 79-85 BZP regelt die vorsorglichen Verfügungen).

C. § 67 VRPG AG (Verwaltungsgerichtliche Klage)

Im übrigen finden die Bestimmungen der Zivilprozessordnung sinngemäss Anwendung, namentlich diejenigen über Vorladung und Säumnis.

IV. Eigene Stellungnahme

Die für eine analoge und ergänzende Uebernahme von zivilprozessualen Normen auf die unvollständig geregelten Verwaltungsrechtspflegegesetze angeführten Argumente vermögen zu überzeugen. Doppelspurigkeiten in den Verfahrensregelungen führen unweigerlich zu Rechtsunsicherheiten und sind der Vereinfachung der Rechtspflege abträglich. Der Einwand der anders gearteten Materie in Zivil- und Verwaltungsrechtspflege vermag gegen das Postulat nach Vereinheitlichung der Verfahrensnormen nicht aufzukommen. Dies wird schon daraus ersichtlich, dass der Gesetzgeber selbst in bestimmten Fällen die analoge oder ergänzende Anwendung von zivilprozessualen Bestimmungen (z.B. Regeln über das Beweisverfahren und über die vorsorglichen Massnahmen) ausdrücklich (zumindest für das Verwaltungsgerichtsverfahren) vorschreibt.

- 1) Vergl. § 44 Abs. 2 VRPG AG, Art. 56 VwVG, Art. 94 OG in Verbindung mit Art. 113 OG; ausführlicher dagegen Art. 33 VRPG BE, Art. 51 und 52 VRPG VS.
- 2) HAERING, 122.
WIESELER, 197.
BGE 95 I 380 ff.
- 3) HAERING, 122.
OBERMAYER, Einstweilige Anordnung, 879.
BLUMENSTEIN, Provisorische Verfügung, 147.
- 4) STEINITZ, Vorsorgliche Verfügungen, 205.
- 5) GYGI, Verwaltungsverfahren, 41/42.
- 6) KOELZ, Prozessmaximen, 142.
BOSSHART, Kommentar, Note 1 zu § 6.
- 7) QUARITSCH, 231.

8) LEUTHOLD, Die Anwendung von Zivilrecht auf öffentliche Rechtssachen.

BUSER, Zivil- und Verwaltungsweg nach aargauischem Recht.

9) Vergl. § 5 III.D.1.

§ 4 Anwendungsbereich der vorsorglichen Massnahmen ¹⁾

I. Ueberblick über den Aufbau des Anfechtungsstreitverfahrens in Verwaltungssachen

A. Erlass einer Verfügung

In Anfechtungsstreitsachen beginnt das Verfahren mit der Vorbereitung und dem abschliessenden Erlass einer Verfügung (Verwaltungsverfügung, Verwaltungsakt ²⁾), die an die Stelle einer justizmässigen Entscheidung des zu regelnden Rechtsverhältnisses tritt. ³⁾ Diese erste Verfahrensstufe wird als nichtstreitiges Verwaltungsverfahren bezeichnet.

B. Anfechtung der Verfügung im Rechtsmittelverfahren

Die im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren ergangene Verfügung ist Ausgangspunkt und Gegenstand des anschliessenden rechtsmittelmässigen Verwaltungsbeschwerdeverfahrens. Diese zweite Stufe heisst Streitiges Verwaltungsverfahren. Als dritte Stufe lässt sich sodann das vor eigentliche Verwaltungsgerichte führende Rechtsmittelverfahren (nachträgliche Verwaltungsgerichtsbarkeit) unterscheiden. ⁴⁾

C. Umfang der Untersuchung des Anwendungsbereiches von aufschiebender Wirkung und vorsorglichen Massnahmen

Im folgenden soll zunächst die Anordnung der vorsorglichen Massnahmen im Bereich dieser drei Verfahrensstufen dargestellt werden. Als besonderes Problem wird zudem geprüft, ob diese vorsorglichen Massnahmen auch im Rahmen eines vorbeugenden Rechtsschutzes zweckmässig und möglich sind. ⁵⁾

II. Im Bereich des nichtstreitigen Verwaltungsverfahrens

A. Sicherung der zu erlassenden Verfügung

Soweit vorsorgliche Massnahmen im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren Anwendung finden können, ⁶⁾ handelt es sich darum, die zu erlassende Verfügung und deren Wirkung zu sichern. ⁷⁾ Die Sicherung des Interesses der Öffentlichkeit und Privater erfordert oft bestimmte unverzüglicher Vorkehren schon während des hängigen Verfahrens auf Erlass einer Verfügung. ⁸⁾ Weil die tatsächlichen Ermittlungen, welche einer Verfügung vorausgehen müssen, bisweilen geraume Zeit beanspruchen, beruhen derartige Massnahmen in der Regel lediglich auf einer summarischen Prüfung der Sach- und Rechtslage. ⁹⁾ Sie sind aber trotzdem immer dann zulässig, wenn überwiegende öffentliche oder private Interessen zu wahren sind und der definitive Entscheid aus verfahrensmässigen Gründen nicht sogleich getroffen werden kann. ¹⁰⁾ Da die aufschiebende Wirkung ihrem Zweck entsprechend ausschliesslich im Zusammenhang mit der Anfechtung einer bereits erlassenen Verfügung Anwendung finden kann, stehen in diesem Verfahren nur vorsorgliche Massnahmen im engeren Sinn zur Verfügung. ¹¹⁾

B. Anwendungskriterien

Die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen im Verwaltungsverfahren richtet sich nach den gleichen Gesichtspunkten, wie dies im Bereich der streitigen Verwaltungsrechtspflege der Fall ist. Es kann daher auf die dort gemachten Ausführungen verwiesen werden. Stets zu beachten ist dabei vor allem, dass eine vorsorgliche Massnahme den materiellen Entscheid nicht präjudizieren darf. ¹²⁾ Ist dies bei besonders gelagerten Fällen nicht auszuschliessen, so muss entweder möglichst rasch materiell entschieden oder aber die Güterabwägung besonders sorgfältig vorgenommen werden. ¹³⁾

C. Rechtsnatur

Auch die in einem nichtstreitigen Verwaltungsverfahren ange-

ordnete vorsorgliche Massnahme stellt einen in der Regel anfechtbaren Zwischenentscheid dar. 14) Die vorsorgliche Massnahme hat deshalb in Verfügungsform mit Rechtsmittelbelehrung zu ergehen. 15) Die Anfechtbarkeit einer solchen Verfügung hängt davon ab, ob sie für den Betroffenen einen nicht wieder gutzumachenden Nachteil zur Folge hat. 16) Der Rechtsmittelzug richtet sich nach demjenigen der Hauptsache. 17)

D. Gesetzliche Grundlagen

Indessen ist darauf hinzuweisen, dass die einzelnen Verwaltungsrechtspflegegesetze vorsorgliche Massnahmen oft ausschliesslich im Zusammenhang und während der Dauer eines hängigen Rechtsmittelverfahrens oder Hauptprozesses vorsehen, so dass sie für das nichtstreitige Verwaltungsverfahren aber selbst ausgeschlossen bleiben. 18) Fehlt es aber an der gesetzlichen Grundlage, so üben die befassenen Behörden mit Rücksicht auf die möglichen haftpflichtrechtlichen Folgen grosse Zurückhaltung bei der Anordnung von vorsorglichen Massnahmen. Ist es unbedingt erforderlich, rechts- und ordnungswidrigen Zuständen zuvorzukommen, so muss geprüft werden, ob entsprechende Schritte allenfalls auf das Verwaltungspolizeirecht abgestützt werden können. 19)

E. Kasuistik 20)

- Einstellung eines Betriebes, der gesundheitsschädigende Immissionen verursacht;
- Verbot der Benützung einer einsturzgefährdeten Baute;
- Amtseinstellung eines Lehrers infolge Gefährdung von Jugendlichen;
- Vorläufige Sicherung eines Streitgegenstandes (Verhinderung eines Hausabbruches, einer Waldrodung);
- Vorsorgliche Massnahmen auf dem Gebiet des Immissionsrechts, wo für eine bestimmte Tätigkeit Privater zwar öffentlich-rechtliche Vorschriften bestehen, es aber an einer formellen Bewilligungspflicht fehlt;

- Sicherstellung der Vollstreckung einer Verfügung;
- Schutz des Vertrauens eines Privaten, der sich darauf gründet, dass ein faktischer Zustand während längerer Zeit unangefochten bestanden hat;
- Vorläufige Anordnung, ein bestimmtes Waldstück nicht abzuholzen, bis materiell über die rechtliche Qualifizierung des Waldes und über zulässige Veränderungen an demselben entschieden ist;
- Vorsorgliche Massnahmen zum Schutz der Wirkungen eines noch nicht in Kraft getretenen generell-abstrakten Erlasses (konkret: VO zum Schutz eines Feldgehölzes);
- Vorsorgliche Einstellung der Bauarbeiten im Hinblick auf den von der Behörde beabsichtigten Widerruf der Baubewilligung.²¹⁾
- Aufrechterhaltung des angefochtenen Beschlusses bis zur Entscheidung der Vorinstanz als vorsorgliche Massnahme der Beschwerdeinstanz. Da die Rückweisung an die Vorinstanz in der Regel zur Aufhebung der angefochtenen Verfügung führt (Art. 61 Abs. 1 VwVG), muss eine vorsorgliche Massnahme getroffen werden, wonach der angefochtene Beschluss in Kraft bleibt, bis die Vorinstanz in der Lage ist, das Grundwasserschutzgebiet durch eine neue Regelung zu schützen.²²⁾

III. Aufschiebende Wirkung und vorsorgliche Massnahmen als Rechtsmittelformen im Bereich der eigentlichen Verwaltungsrechtspflege

A. Begriff und Aufgabe der eigentlichen Verwaltungsrechtspflege

Die Ausführungen im besonderen Teil dieser Arbeit beschäftigen sich mit den verschiedenen Arten von vorsorglichen Massnahmen als Maximen derjenigen Rechtsmittel auf dem Gebiet der Verwaltungsrechtspflege, die sich gegen bereits ergangene Verwaltungsakte richten (nachträgliche Verwaltungsrechtspflege). Das Rechtsschutzbedürfnis gründet sich hier auf einer tatsächlich erfolgten Verletzung subjektiver Rechte oder von der Rechtsordnung anerkannter Interessen des Einzelnen.²³⁾ Der angefochtene Verwaltungsakt wird auf seine Rechtmässigkeit, allenfalls auch auf seine Zweckmässigkeit hin überprüft. Unter der eigentlichen Verwaltungsrechtspflege sind alle prozessrechtlichen Klage-, Rechtsschutz- und Rechtsmittelmöglichkeiten zu

verstehen, für die im Unterschied zu den uneigentlichen Rechtsmitteln oder blossen Rechtsbehelfen ²⁴⁾ ein Behandlungs- und Entscheidungsanspruch besteht. Sie führen entweder vor verwaltungsbehördliche Entscheidungsinstanzen (verwaltungsbehördliche oder verwaltungsinterne Verwaltungsrechtspflege) oder vor eigentliche Verwaltungsgerichte (verwaltungsunabhängige Verwaltungsrechtspflege). Dieser Rechtsschutz ist überwiegend restituerender Natur. Er dient in der Regel der Wiederherstellung der durch die öffentliche Verwaltung verletzten Rechte: geschehene Rechtsverletzungen werden durch richterliche Aufhebung der belastenden Verwaltungsmassnahme beseitigt, oder die Verwaltung wird zur Beseitigung der Folgen eines als rechtswidrig aufgehobenen Verwaltungsaktes verpflichtet. ²⁵⁾

B. Der Verwaltungsweg

Im ersten Fall spricht man in der Regel vom Verwaltungsweg. ²⁶⁾ Das für den Verwaltungsweg zur Verfügung stehende Prozessmittel ist die Verwaltungsbeschwerde, auch Rekurs oder förmliche Beschwerde genannt. Mit ihr kann die Beseitigung jeder Rechts- und Interessenverletzung verlangt werden. Sie bezweckt die Aenderung, Aufhebung oder Nichtigerklärung eines Verwaltungsaktes, kann aber auch den Erlass eines solchen anstreben, den der Beschwerdeführer umsonst gefordert hat. ²⁷⁾ Die Beschwerde geht immer an eine höhere Verwaltungsinstanz. Der Instanzenzug für die Verwaltungsbeschwerde entspricht dem hierarchischen Aufbau der Verwaltungsorganisation. ²⁸⁾

C. Der Verwaltungsgerichtsweg

Wird die Streitsache vor echten Verwaltungsgerichten ausgetragen, so ist vom Verwaltungsrechtsweg oder Verwaltungsgerichtsweg die Rede. Die Beurteilung von Verwaltungsstreitigkeiten durch besondere, eigens für diese Rechtssprechungsaufgabe geschaffene unabhängige und ausserhalb der Verwaltung stehende Gerichte wickelt sich entweder als ursprüngliche oder als nach-

trägliche Verwaltungsgerichtsbarkeit ab. Die nachträgliche Verwaltungsgerichtsbarkeit kennzeichnet sich als gegen eine Verfügung oder einen Beschwerdeentscheid gerichtetes Anfechtungsstreitverfahren. Das Prozessmittel der nachträglichen Verwaltungsgerichtsbarkeit ist die verwaltungsgerichtliche Beschwerde oder kurz Verwaltungsgerichtsbeschwerde.²⁹⁾ Dagegen ist die ursprüngliche Verwaltungsgerichtsbarkeit mit Streit-sachen befasst, die unmittelbar zur gerichtlichen Austragung gebracht werden, also nicht zuvor Gegenstand einer Verfügung oder eines Beschwerdeentscheides gewesen sind.³⁰⁾ Das Prozessmittel der ursprünglichen Verwaltungsgerichtsbarkeit ist die verwaltungsgerichtliche Klage oder auch verwaltungsrechtliche Klage.³¹⁾

IV. Im Bereich des vorbeugenden Rechtsschutzes

A. Begriff des vorbeugenden Rechtsschutzes

Der Begriff des vorbeugenden Rechtsschutzes in der Verwaltungsrechtspflege geht davon aus, dass es sich um einen Rechtsschutz gegen eine noch nicht erfolgte, sondern erst bevorstehende Rechtsbeeinträchtigung handelt.³²⁾ Der vorbeugende Rechtsschutz richtet sich daher gegen eine Gefährdung von geschützten Interessen. Er will ein künftiges rechtswidriges Verhalten der öffentlichen Gewalt und damit nachträglich anfechtbare Staatsakte abwenden oder eine gegenwärtige ungewisse Rechtslage klären.³³⁾ Gegenüber der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege steht der vorbeugende Rechtsschutz stark im Hintergrund. Dennoch stellt sich die wichtige Frage, ob ein vorbeugender Rechtsschutz gegenüber drohenden Verwaltungsakten und bei beschwerender Unsicherheit über die öffentlichrechtlichen Rechte und Pflichten in einer Zeit zunehmender Staatstätigkeit nicht ebenso einem unverkennbaren Rechtsschutzbedürfnis entspricht und der Durchsetzung objektiv richtigen Rechts dient, wie die nachträgliche Verwaltungsrechtspflege.³⁴⁾ Es würde an dieser

Stelle zu weit führen, die von der Lehre aufgestellten Postulate für einen Ausbau des vorbeugenden Rechtsschutzes im einzelnen zu erläutern. Insgesamt kann aber festgestellt werden, dass ein umfassender Verwaltungsrechtsschutz ebenso wirksamer vorbeugender wie nachträglicher Rechtsmittel bedarf. 35)

B. Rechtsmittel des vorbeugenden Rechtsschutzes 36)

1. Vorbeugende Feststellungsklage

Mit der vorbeugenden Feststellungsklage als Rechtsmittel der ursprünglichen Verwaltungspflege 37) erhebt der Rechtssuchende unter den allgemeinen Voraussetzungen eines jeden Rechtspflegeverfahrens bei der zuständigen Justizbehörde Klage auf alsbaldige Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines öffentlichrechtlichen Rechtsverhältnisses oder ersucht eine Verwaltungsbehörde um eine feststellende Verfügung 38) über den Bestand, Nichtbestand oder den Umfang öffentlichrechtlicher Rechte und Pflichten. Behauptet der Rechtssuchende, es bestehe ein Rechtsverhältnis zu seinen Gunsten, so strebt er ein positives Feststellungsverfahren an. Will er feststellen lassen, dass ein ihn berechtigendes oder die öffentliche Verwaltung begünstigendes Rechtsverhältnis nicht besteht, so wird er ein negatives oder abwehrendes Feststellungsverfahren anstreben. Anlass für ein positives Feststellungsverfahren wird regelmässig die Tatsache sein, dass die Behörde ein Verhalten an den Tag legt, welches der Bürger als Gefährdung seiner Rechte empfindet. Der Beweggrund für die Einleitung eines abwehrenden Feststellungsverfahrens liegt dagegen in der Regel darin, dass sich die öffentliche Verwaltung Rechte gegenüber dem Einzelnen anmasst. 39)

2. Vorbeugende Unterlassungsklage

Insbesondere in der deutschen Lehre 40) ist nach dem Inkrafttreten der Verwaltungsgerichtsordnung im Jahre 1960 neben der

Zulässigkeit der vorbeugenden Feststellungsklage auch diejenige der vorbeugenden Unterlassungsklage einlässlich erörtert worden.

41) Vor allem zum Schutz vor künftigen Massnahmen der öffentlichen Gewalt sollte dem Einzelnen die Klage auf Unterlassung einer Verwaltungsmassnahme zur Verfügung stehen. 42)

3. Aufschiebende Wirkung und vorsorgliche Massnahmen als Rechtsmittelmaximen der vorbeugenden Feststellungs- und Unterlassungsklage

a. Aufschiebende Wirkung

Einen vorbeugenden Rechtsschutz im dargestellten Sinn vermag die aufschiebende Wirkung nicht zu bieten. Der Suspensiveffekt setzt voraus, dass eine Verwaltungsverfügung ergangen ist, er richtet sich also gegen eine bereits erfolgte Rechtsbeeinträchtigung. 43)

b. Vorsorgliche Massnahmen

Wird der status quo während der Dauer eines vorbeugenden Feststellungs- oder Unterlassungsklageverfahrens durch entsprechende vorsorgliche Massnahmen erhalten, so gewähren diese nicht nur einen vorläufigen, sondern auch einen vorbeugenden Rechtsschutz. 44)

C. Normenkontrollverfahren

Vorbeugender Rechtsschutz im hier umschriebenen Sinn ist ebenfalls im Rahmen eines Normenkontrollverfahrens möglich. Im Normenkontrollverfahren wird zwischen der abstrakten, selbständigen oder prinzipialen Normenkontrolle und der konkreten, akzessorischen oder inzidenten Normenkontrolle unterschieden.

45) Streitgegenstand der abstrakten Normenkontrolle ist die Gültigkeit eines Rechtssatzes, die ohne Zusammenhang mit einem bestimmten Sachverhalt überprüft wird. 46) Im Mittelpunkt steht hier die Frage nach der Rechtmässigkeit der betreffenden Norm; erweist sich diese als verfassungs- oder gesetzeswidrig, so

ist sie aufzuheben. Das Urteil, welches die Aufhebung eines Erlasses dekretiert, wirkt ex tunc und zwar ab dem Zeitpunkt der Veröffentlichung, wobei alle jene Verfügungen hinfällig werden, die dann noch nicht rechtskräftig geworden sind. Bei Verwaltungsverfügungen, die zwar rechtskräftig, aber noch nicht vollzogen sind, muss der Vollzug unter Umständen nach den Bestimmungen über die Wiedererwägung oder den Widerruf verhindert werden. Wenn grundsätzlich die früher gestützt auf den aufgehobenen Erlass ergangenen Verfügungen unberührt bleiben, so entspricht dies dem Bedürfnis der Rechtssicherheit. 47)

Im zweiten Fall geht es um die Frage, wie weit Verwaltungsbehörde und Verwaltungsgericht die Rechtmässigkeit der Norm bei deren Anwendung auf den Einzelfall zu überprüfen haben. 48) Nur die Anwendung der Norm im Einzelfall steht hier zur Prüfung an, während der Rechtssatz als solcher formell weiter bestehen bleibt. Bei der inzidenten Normenkontrolle kann zwar die Ungültigkeit des Rechtssatzes in den Motiven der Entscheidung festgehalten, der Rechtssatz aber im Dispositiv nicht aufgehoben werden, da er nicht unmittelbar anfechtbar ist. Die als ungültig erachtete Vorschrift ist lediglich im betreffenden Einzelfall unanwendbar. 49)

Voraussetzung für einen vorbeugenden Rechtsschutz ist, dass es im Rahmen eines Normenkontrollverfahrens gelingt, die Anwendung des in Frage gestellten Rechtssatzes und damit dessen Wirkungen zu verhindern. Der durch die Anwendung der Vorschrift zu erwartende Nachteil muss also in der Zukunft liegen. Dagegen kann von einem vorbeugenden Rechtsschutz im eigentlichen Sinn nicht gesprochen werden, wenn der Antragsteller durch die Anwendung der Norm bereits einen Nachteil erlitten hat. Hier handelt es sich um Rechtsschutz gegen eine bereits eingetretene Rechtsbeeinträchtigung. 50)

1. Das Normenkontrollverfahren gemäss VwVG und OG 51)

a. Abstrakte Normenkontrolle

" Die abstrakte Normenkontrolle bildet in der Verwaltungsrechtspflege eine Seltenheit. Mit der Zulassung des Feststellungsverfahrens und der Feststellungsverfügung ist sie entbehrlich geworden. Ob sie möglich ist oder nicht, ergibt sich aus der jeweiligen gesetzlichen Umschreibung des Anfechtungsgegenstandes. Die Beschwerde kann sich in der Regel nur gegen Verfügungen richten. ⁵²⁾ Nur wenn gegen Erlasse Beschwerde geführt werden kann, liegt eine abstrakte Normenkontrolle vor. ⁵³⁾ Die Bedeutung dieses Normenkontrollverfahrens ist jedoch zufolge der Einschränkungen in Art. 73 II gering.

b. Konkrete Normenkontrolle

Die Gültigkeit eines Rechtssatzes wird hier im Zusammenhang mit der Anfechtung einer Verfügung oder mit einer Klage im ursprünglichen Verwaltungsgerichtsverfahren überprüft. In der Bundesverwaltungsrechtspflege ist die vorfrageweise Ueberprüfung von Rechtsverordnungen von grosser praktischer Bedeutung." ⁵⁴⁾

2. Das Normenkontrollverfahren gemäss VRPG AG

Das aargauische Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege enthält in § 2 und in den §§ 68-72 Bestimmungen über die Normenkontrolle. Werdegang, Zulässigkeit und Tragweite dieser Bestimmungen sind von kompetenter Seite ausführlich gewürdigt worden, weshalb hier auf weitere Erörterungen verzichtet wird. ⁵⁵⁾

3. Vorbeugender Rechtsschutz durch Normenkontrolle

Durch die Aufhebung eines als verfassungs- oder gesetzeswidrig befundenen Rechtssatzes im abstrakten Normenkontrollverfahren wird zweifellos in dem Sinn ein vorbeugender Rechtsschutz gewährleistet, als künftige Rechtsbeeinträchtigungen durch diese Norm ausgeschlossen sind. Um zu verhindern, dass nach der Anhebung eines abstrakten Normenkontrollverfahrens bis zum

Zeitpunkt der Veröffentlichung des Aufhebungsurteils noch weitere Verfügungen in Rechtskraft erwachsen, sie sich auf den angefochtenen Erlass stützen, wurde in § 72 Abs. 1 VRPG AG die aufschiebende Wirkung eingeführt. Dies bedeutet aber nicht, dass die Norm schon vor ihrer allfälligen Anfechtung durch das Verwaltungsgericht mittels Präsidialverfügung vorläufig aufgehoben oder unwirksam erklärt wird. Geht es bei der angefochtenen Norm um die Frage, ob oder unter was für Voraussetzungen eine Bewilligung erteilt werden kann, so hat die aufschiebende Wirkung im Normenkontrollverfahren lediglich zur Folge, dass die in Anwendung der angefochtenen Norm ergangene Erteilung oder Verweigerung von Bewilligungen nicht rechtskräftig wurden, dass also von ihnen kein Gebrauch gemacht werden kann.⁵⁶⁾ Anders verhält es sich bei der inzidenten Normenkontrolle. Die Nichtanwendung einer Norm im Rahmen eines Rechtsanwendungsverfahrens hat auf die anderen Anwendungsverfahren keine unmittelbare Wirkung im Sinne eines vorbeugenden Rechtsschutzes.

- 1) Erste, selbstverständliche Voraussetzung für die Anwendung von vorsorglichen Massnahmen ist, dass der Verwaltungsrechtsweg gegeben ist, d.h., dass das Anfechtungsobjekt nicht ein Zivilurteil der streitigen oder nichtstreitigen Gerichtsbarkeit darstellt. Was dem Rechtsweg und was dem Verwaltungsweg oder Verwaltungsrechtsweg zuzuschreiben ist, ist eine vom Verfassungsgeber und Gesetzgeber zu entscheidende Frage. Vergl. BAUMGARTNER, 4 zit. MBVR 1962, 451 f

KILLER, 308

HOLENSTEIN, 11.

- 2) Zum Begriff der Verfügung im Verwaltungsverfahren des Bundes (Art. 5 VwVG) vergl. HALTNER.

Das Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Aargau verwendet durchwegs die Bezeichnung "Verfügung und Entscheid". Vergl. u.a. § 38 Abs. 1 VRPG.

3) ZIMMERLIN, Kommentar, 37 und dortige Hinweise.

4) GYGI, Verwaltungsverfahren, 14, 18, 20.

Gemäss der Konzeption des aargauischen Verwaltungsrechtspflegegesetzes wird für das Verfahren auf Erlass einer Verfügung der Begriff "Verwaltungsweg" verwendet. Der "Verwaltungsrechtsweg" dagegen umfasst sowohl die verwaltungsinterne Rechtspflege, d.h. Anfechtung von Verwaltungsakten vor übergeordneten Verwaltungsbehörden, wie auch das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht. Vergl. BAUMGARTNER, 4 und zit. § 33 Abs. 1 VRPG, Titel zum 2. und 3. Unterabschnitt des VRPG, BAUR 428

DUBS, 273.

5) Vergl. § 4 IV.

6) Vergl. § 4 II. D.

7) BOSSHART, Kommentar, Note 1 zu § 6.

KOELZ, Kommentar, Note 1 zu § 6.

ULE, Verwaltungsprozessrecht, 250.

§ 123 Abs. 1 VwGO.

Hievon zu unterscheiden sind Massnahmen, die lediglich zur Vorbereitung einer Verfügung getroffen werden, ohne eine unmittelbare Rechtsfolge für das von der Verfügung dannzumal betreffende Rechtssubjekt zu bewirken. Es handelt sich hier um "Verwaltungsinterna", die den Ablauf des Verwaltungsverfahrens fördern, aber nicht abschliessen. Vergl. HALTNER, 41.

8) BGE 97 I 486 ff.

9) KOELZ, Kommentar, Note 4 zu § 6.

Die summarische Prüfung bewahrt den Staat davor, aus ungerechtfertigten vorsorglichen Massnahmen haftpflichtig zu werden (vergl. 55 Abs. 4 VwVG).

10) KOELZ, Kommentar, Noten 2 und 4 zu § 6.

11) Die aufschiebende Wirkung kann aufgrund ihrer materiell-rechtlichen Funktion wie auch zufolge ihres Inhalts als Wirksamkeitshemmung bezüglich einer angefochtenen Verfügung in diesem Zusammenhang keine Anwendung finden.

Vergl. § 9, II,

12) EYERMANN-FROEHLER, Note 8 zu § 123 VwGO,

- 13) KOELZ, Kommentar, Note 6 zu § 6.

AGVE 1977, 286.

- 14) Vergl. § 7, III. B. 2.

- 15) Art. 35 VwVG.

- 16) BGE 99 Ib 414.

- 17) GYGI, Vorsorgliche Massnahmen, 13.

- 18) GYGI-STUCKI, Kommentar, Note 1 zu Art. 60.

Ebensowenig sieht das Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Aargau die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen ausserhalb eines anhängigen Rechtsmittelsverfahrens oder Hauptprozesses ausdrücklich vor. In der Praxis scheinen sie aber trotzdem zugelassen zu werden. Die gleiche Ordnung gilt im Bund nach Massgabe von Art. 56 VwVG und gemäss Art. 94 OG in Verbindung mit Art. 113 OG. Nach der Auffassung von STEINITZ, vorsorgliche Verfügungen, 210 ff, steht der Wortlaut von Art. 94 OG ("... nach dem Eingang der Beschwerdeschrift...") aber nicht entgegen, dass vorsorgliche Massnahmen auf das Verwaltungsbeschwerdeverfahren beschränkt werden. Denn immer wenn ein Bedürfnis nach Suspendierung oder irgendwelchen anderen rechtspolizeilichen Massnahmen provisorischen Charakters bei anderen in die Kompetenz des Bundesgerichts fallenden Streitigkeiten entsteht, könnten diese vom Bundesgerichtspräsidenten auch erlassen werden.

Dagegen gilt § 6 des VRPG des Kantons Zürich sowohl für das (nichtstreitige) Verwaltungsverfahren wie für das Rekursverfahren. Das Hauptgewicht liegt jedoch beim Verwaltungsverfahren, also beim Verfahren, dass dem Erlass einer Anordnung vorausgeht. Vergl. KOELZ, Kommentar, Note 1 zu § 6.

- 19) Z.B. Verbot des Vertriebes von Oeltanks, wenn sich herausstellt, dass diese den Vorschriften des Gewässerschutzgesetzes nicht mehr genügen.

- 20) Vergl. KOELZ, Kommentar, Noten 1 ff zu § 6.

- 21) AGVE 1973, 267.

- 22) Der Bundesrat leitet die Befugnis zu einer derartigen provisorischen Anordnung aus Art. 56 VwVG ab. Diese Bestimmung hat zwar in erster Linie einstweilige Verfügungen für die Dauer des Beschwerdeverfahrens im Auge, aber ihr Wortlaut erlaubt es, sie auch im Falle der Rückweisung anzuwenden. VPB 1975, Nr. 21.

- 23) GYGI, Verwaltungsgerichtsbarkeit, 287.
- 24) Rechtsbehelfe heben sich von den Rechtsmitteln dadurch ab, dass kein Anspruch auf Eintreten besteht und dass keine Parteirechte ausgeübt werden können. Vergl. GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, 474 f.
- 25) MUELLER, Vorbeugender Rechtsschutz, 343.
- 26) Nach der Konzeption des aargauischen VRPG beinhaltet der Begriff "Verwaltungsweg" lediglich das Verfahren auf Erlass eines Verwaltungsaktes. Der "Verwaltungsrechtsweg" umfasst dagegen sowohl die verwaltungsinterne Rechtspflege wie auch das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht. Vergl. BAUMGARTNER, 4.
- 27) FLEINER, Institutionen, 230 f.
GRISEL, Droit administratif, 460.
- 28) Vergl. Art. 47 VwVG und §§ 45 ff VRPG AG.
- 29) Art. 97 OG in Verbindung mit Art. 5 I und III VwVG; § 51 VRPG AG.
- 30) GYGI, Verwaltungsverfahren, 19 f.
- 31) Art. 116 und 130 OG; §§ 60 ff VRPG AG.
- 32) ULE, Vorbeugender Rechtsschutz, 294.
- 33) MUELLER, Vorbeugender Rechtsschutz, 343.
- 34) MUELLER, Vorbeugender Rechtsschutz, 344.
- 35) MUELLER, Vorbeugender Rechtsschutz, 344 und dortige Hinweise.
- 36) Regelungen enthalten lediglich die Art. 25 VwVG, 35 VRPG VS und 32 Abs. 2 und 4 VRPG BE. Alle diese drei Bestimmungen sehen zwar den Erlass einer Feststellungsverfügung vor, beinhalten aber keine Grundlage für eine eigentliche direkte Feststellungs- oder Unterlassungsklage beim Verwaltungsgericht; vergl. GEISER 138;
GYGI/STUCKI, Kommentar, 78;
GYGI, Verwaltungsverfahren, 66.
- 37) GYGI, Verwaltungsverfahren, 65.

38) Vergl. Art. 25 Abs. 1 VwVG.

Trifft die Behörde eine solche Feststellung, so stellt dies eine beschwerdefähige Verfügung dar, die wie jede andere Verfügung in Rechtskraft erwachsen kann.
Vergl. GYGI, Verwaltungsverfahren, 66.

39) MUELLER, Vorbeugender Rechtsschutz, 343.

40) Vergl. ULE, Vorbeugender Rechtsschutz, 291 ff.

41) BRUNSCHWILER, Normenkontrolle, 391 ff.

42) BAUMANN, Vorbeugender Rechtsschutz, 391 ff.

43) ULE, Vorbeugender Rechtsschutz, 296.

44) Andere Meinung: ULE, Vorbeugender Rechtsschutz, 297.

45) GYGI, Verwaltungsverfahren, 68 f.

BRUNSCHWILER, Normenkontrolle, 391 ff.

46) GYGI, Verwaltungsverfahren, 68.

47) BRUNSCHWILER, Normenkontrolle, 412.

48) BRUNSCHWILER, Normenkontrolle, 491.

49) GYGI, Verwaltungsverfahren, 69 und zit. BGE 93 I 491 E.2,
97 I 344 E.3.

50) ULE, Vorbeugender Rechtsschutz, 296.

51) GYGI, Verwaltungsverfahren, 68 f.

52) Art. 44 und 72 VwVG, Art. 97 und 128 OG.

53) Art. 73 I VwVG.

54) GYGI, Verwaltungsverfahren, 69, 141.

55) BRUNSCHWILER, Normenkontrolle, 391 ff.

56) AGVE 1974 Nr. 41, 319 ff.

§ 5 Aufschiebende Wirkung und vorsorgliche Massnahmen in der Verwaltungsrechtspflege des Bundes (VwVG und OG)

I. Gesetzliche Grundlagen

Das Rechtsmittelsystem in Bundesverwaltungssachen ¹⁾ ruht auf dem Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG) vom 20. Dezember 1968 ²⁾ und dem gleichzeitig in das Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) eingefügten Abschnitt über die Verwaltungsrechtspflege durch das Bundesgericht. ³⁾ ⁴⁾ Die nachfolgenden Betrachtungen stellen daher zunächst die gesetzlichen Grundlagen für die Anwendung der verschiedenen Arten von vorsorglichen Massnahmen im Bereich des Verwaltungsverfahrensgesetzes dar, anschliessend diejenigen im Bereich des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege.

II. Vorsorgliche Massnahmen im Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren

A. Geltungsbereich

Im Verwaltungsverfahrensgesetz sind die vorsorglichen Massnahmen in den Art. 55 und 56 geregelt. ⁵⁾ Diese Normen gehören zum 3. Abschnitt dieses Gesetzes, in welchem der Gang des Beschwerdeverfahrens im allgemeinen dargestellt wird. Sie finden Anwendung auf das Verfahren in Verwaltungssachen, die durch Verfügungen von Bundesverwaltungsbehörden in erster Instanz oder auf Beschwerde hin entweder auf dem Verwaltungsweg oder auf dem Verwaltungsrechtsweg zu erledigen sind. ⁶⁾

Für das Verfahren letzter kantonaler Instanzen, die gestützt auf öffentliches Recht des Bundes nicht endgültig verfügen, erfährt die Anwendung dieser Bestimmungen Einschränkungen. Gemäss Art. 1 Ziff. 3 VwVG findet (neben anderen Ausnahmen) hier nur Art. 55 Abs. 2 (aufschiebende Wirkung der Beschwerde) und Abs. 4 (Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung) Anwen-

dung, nicht dagegen Art. 56 VwVG, welcher die übrigen vorsorglichen Massnahmen regelt. 7)

B. Aufschiebende Wirkung nach Art. 55 VwVG

1. Grundsatz

Art. 55 VwVG bestimmt, dass der Beschwerde automatisch aufschiebende Wirkung zukommt. Der Suspensiveffekt kann aber bereits durch die Vorinstanz, durch die Beschwerdeinstanz oder, wenn es sich um eine Kollegialbehörde handelt, durch deren Vorsitzenden nach Einreichung der Beschwerde beseitigt werden. In all diesen Fällen ist der Entzug aber nur zulässig, wenn die angefochtenen Verfügungen nicht eine Geldleistung zum Gegenstand hat. 8)

Die von der Vorinstanz entzogene aufschiebende Wirkung kann von der Beschwerdeinstanz oder durch deren Vorsitzenden wieder hergestellt werden. 9)

Sodann finden sich in dieser Bestimmung Grundsätze über die Haftbarkeit, für den Fall eines willkürlichen Entzuges der aufschiebenden Wirkung oder für den Fall, dass einem Begehren um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung nicht oder nicht rechtzeitig entsprochen worden ist. 10)

2. Ausnahmen

Abweichend vom Grundsatz gemäss Art. 55 Abs. 1 VwVG kommt dagegen der Beschwerde an die Bundesversammlung ohne entsprechende vorsorgliche Verfügung durch den Bundesrat keine aufschiebende Wirkung zu. 11)

C. Andere vorsorgliche Massnahmen nach Art. 56 VwVG

Nach Einreichung der Beschwerdeschrift kann die Beschwerdeinstanz von Amtes wegen oder auf Parteiantrag andere vorsorgliche

Massnahmen treffen, um einen tatsächlichen oder rechtlichen Zustand einstweilen unverändert zu erhalten. 12)

D. Verfahren

1. Anordnung von vorsorglichen Massnahmen aufgrund eines Parteiantrages oder von Amtes wegen.

Vergl. § 6. V. 1.-4.

2. Rechtliches Gehör

Gemäss Art. 29 VwVG haben die Parteien Anspruch auf rechtliches Gehör; die Behörde hat die Parteien anzuhören, bevor sie verfügt, Art. 30 Abs. 1 VwVG.

3. Zuständigkeit für den Erlass von vorsorglichen Massnahmen

Zuständig ist die mit der Streitsache befasste Behörde, vergl. Art. 55 und 56 VwVG.

4. Der Entscheid über vorsorgliche Massnahmen und seine Eröffnung

Verfügungen über vorsorgliche Massnahmen stellen prozessleitende Zwischenverfügungen dar. Diese sind den Parteien schriftlich zu eröffnen, Art. 34 Abs. 1 VwVG. Eine mündliche Eröffnung ist zulässig, wenn die Parteien anwesend sind, Art. 34 Abs. 2 VwVG. Schriftliche Verfügungen sind als solche zu bezeichnen, zu begründen und mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen, Art. 35 VwVG. 13)

E. Rechtsmittel

1. Anfechtbarkeit des Entscheides über vorsorgliche Massnahmen

Als prozessleitende Verfügungen sind Anordnungen über vorsorgliche Massnahmen selbständig durch Beschwerde anfechtbar. 14)
Der Rechtsmittelweg richtet sich nach dem Instanzenzug in der

Hauptsache. 15) Die Beschwerdefrist beträgt hier aber nur 10 Tage, Art. 50 VwVG.

2. Wirkung der Beschwerde gegen vorsorgliche Massnahmen

Der Beschwerde kommt gemäss Art. 55 Abs. 1 VwVG grundsätzlich die aufschiebende Wirkung zu. Die Beschwerdeinstanz ist aber ermächtigt, die aufschiebende Wirkung zu entziehen, wenn wichtige Gründe vorliegen, dass die Verfügung unverzüglich vollstreckt wird oder die in einer Entscheidung festgestellte Rechtslage schon vor der rechtskräftigen Beschwerdeerledigung wirksam wird. 16)

Mitunter kann streitig sein, ob eine automatisch mit der Beschwerde verbundene aufschiebende Wirkung eingetreten ist oder nicht. Das kann namentlich dann fraglich sein, wenn sich der Suspensiveffekt nach dem Gegenstand der Verfügung richtet. Dann hat die Beschwerdeinstanz auf ein dahin zielendes Begehren einen Feststellungsentscheid über diese Frage zu fällen. 17)

III. Vorsorgliche Massnahmen im Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege

A. Fehlen einer allgemeinen Regelung

Anders als im Verwaltungsverfahrensgesetz finden sich im allgemeinen Teil des OG keine allgemeingültigen Regelungen betreffend die vorsorglichen Massnahmen. 18) Zwar bestimmt Art. 40 OG, dass bei Fehlen von besonderen Bestimmungen über das Verfahren ergänzend die entsprechenden Vorschriften des Bundesgesetzes über das Verfahren beim Bundesgericht in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (BZP) heranzuziehen sind. 19) Dieses Gesetz normiert die vorsorglichen Massnahmen im 11. Titel unter den Art. 79-85. Auch hier bleiben aber die besonderen Vorschriften anderer Bundesgesetze über die vorsorglichen Verfügungen ausdrücklich vorbehalten. 20)

B. Staatsrechtliche Beschwerde ²¹⁾

1. Grundsätzliche Regelung

Die staatsrechtliche Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung. ²²⁾ Der angefochtene Hoheitsakt ist anwendbar bzw. vollstreckbar. Der Präsident der staatsrechtlichen Kammer ²³⁾ kann jedoch auf Antrag einer Partei diejenigen vorsorglichen Verfügungen treffen, welche erforderlich sind, um den bestehenden Zustand zu erhalten oder bedrohte rechtliche Interessen einstweilen sicherzustellen. ²⁴⁾ Mit dem Gesuch kann insbesondere die Sistierung der Anwendung eines angefochtenen Erlasses oder der Vollstreckung eines angefochtenen Entscheides erlangt werden (aufschiebende Wirkung). Dagegen kann mit der vorsorglichen Verfügung nicht eine bereits erfolgte Vollstreckung rückgängig gemacht werden. ²⁵⁾ Die Verfügung des Präsidenten kann von einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht werden, wenn dem Gesuchsgegner Schaden entstehen könnte. ²⁶⁾ Auf Antrag kann der Präsident die Verfügung jederzeit aufheben oder ändern, wenn sich die Verhältnisse geändert haben. ²⁷⁾ Sie erlischt spätestens mit dem bundesgerichtlichen Urteil. ²⁸⁾

Anders als MARTI ²⁹⁾ ist das Bundesgericht der Auffassung, dass das Institut der vorsorglichen Verfügung in Art. 94 OG abschliessend geregelt ist, weshalb die Vorschriften des Bundesgesetzes über den Zivilprozess ³⁰⁾ auf dieses Verfahren nicht ergänzend Anwendung finden können. ³¹⁾

2. Verfahren

a. Erfordernis eines Parteiantrages

Die vorsorgliche Verfügung wird nie von Amtes wegen, sondern nur auf ausdrückliches schriftliches Begehren einer Partei, des Beschwerdeführers oder Beschwerdegegners bzw. der beschwerdebeklagten Behörde erlassen. ³²⁾ Das Gesuch um eine vorsorgliche Verfügung kann frühestens nach der Rechtshängigkeit

der staatsrechtlichen Beschwerde gestellt werden. ³³⁾ Es kann mit der staatsrechtlichen Beschwerde oder mit der Vernehmlassung verbunden werden oder selbständig während des weiteren Gangs des Verfahrens noch bis zum Urteilszeitpunkt eingereicht werden. ³⁴⁾

b. Begründung des Antrages

Das Begehren ist zu begründen, d.h. der Gesuchsteller hat die zur Begründung herangezogenen Tatsachen glaubhaft zu machen. ³⁵⁾ Eines strikten Beweises bedarf es nicht, da auch die Prüfung durch den Präsidenten nur eine summarische, vorläufige sein kann.

c. Rechtliches Gehör

Der Verfügung vorgängig ist der beschwerdebeklagten Behörde und Partei vom Begehren Kenntnis zu geben.

3. Rechtsmittel

Der Entscheid des Präsidenten ist endgültig. Da Art. 80 BZP nach der Rechtssprechung des Bundesgerichtes auf die staatsrechtliche Beschwerde nicht Anwendung findet, ist ein Weiterzug des Präsidialentscheides an das Bundesgericht nicht zulässig. ³⁶⁾

C. Verwaltungsgerichtsbeschwerde ³⁷⁾

Das Bundesgericht beurteilt letztinstanzlich Verwaltungsgerichtsbeschwerden gegen Verfügungen im Sinn von Art. 5 VwVG. Im Gegensatz zur Regelung im Bereich der Staatsrechtspflege (staatsrechtliche Beschwerde) unterscheidet das Gesetz für das Verfahren vor dem Bundesgericht als Organ der Verwaltungsrechtspflege ausdrücklich zwischen der aufschiebenden Wirkung einerseits ³⁸⁾ und anderen vorsorglichen Massnahmen andererseits. ³⁹⁾

1. Aufschiebende Wirkung gemäss Art. 111 OG

Nach Art. 111 Abs. 1 OG kommt der Verwaltungsgerichtsbeschwerde nur dann ohne weiteres die aufschiebende Wirkung zu, wenn sie sich gegen eine Verfügung richtet, welche zu einer Geldleistung verpflichtet. ⁴⁰⁾ Die Beschwerde gegen eine andere Verfügung hat nur aufschiebende Wirkung, wenn der Präsident der urteilenden Kammer oder Abteilung sie von Amtes wegen oder auf Begehren einer Partei hin verfügt; vorbehalten bleiben abweichende Bestimmungen des Bundesrechtes.

2. Andere vorsorgliche Massnahmen nach Art. 113 OG

Bezüglich der anderen vorsorglichen Massnahmen verweist Art. 113 OG auf die Regelung von Art. 94 OG. ⁴¹⁾

3. Verfahren

Vergl. § 5 III. B. 2.

4. Rechtsmittel

Bewirken Verfügungen über vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil, so unterliegen sie gemäss Art. 45 VwVG der selbständigen Anfechtbarkeit. ⁴²⁾

D. Verwaltungsrechtliche Klage ⁴³⁾

1. Verweis auf Art. 79 ff BZP

Hat sich das Bundesgericht als einzige Instanz mit einer verwaltungsrechtlichen Klage zu befassen, so sind die vorsorglichen Verfügungen gemäss Art. 120 OG nach den einschlägigen Bestimmungen des Bundesgesetzes über den Bundeszivilprozess (Art. 79 ff) zu handhaben.

2. Verfahren

Zuständig zur vorsorglichen Verfügung vor rechtshängiger Klage

ist der Abteilungspräsident, nachher der Instruktionsrichter, in der Hauptverhandlung das Gericht. 44) Das Gesuch um vorsorgliche Verfügung ist schriftlich einzureichen. In der Vorbereitungs- und in der Hauptverhandlung kann es mündlich gestellt werden. 45) Die begründenden Tatsachen sind glaubhaft zu machen. 46) Der Gesuchsgegner erhält Gelegenheit zur Vernehmlassung. In Fällen dringender Gefahr können vorläufige Massnahmen schon auf Einreichung des Gesuches hin getroffen werden. 47)

3. Rechtsmittel

Der Entscheid kann innert 10 Tagen an das Gericht weitergezogen werden. Die Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung, soweit diese nicht ausdrücklich erteilt wird. 48)

E. Revision

Der Einreichung des Gesuches um Revision kommt keine aufschiebende Wirkung zu. Doch kann das Gericht oder dessen Präsident ihm auf Gesuch hin diese Wirkung einräumen oder weiter vorsorgliche Verfügungen treffen zum Schutz des Besitzes gegen verbotene Eigenmacht und widerrechtliche Vorenthaltung oder zur Abwehr eines drohenden Nachteils. Wenn der Gesuchsgegner einen Schaden erleiden könnte, ist der Erlass von einer Sicherheitsleistung abhängig zu machen. 50)

F. Würdigung

Die Darstellung der gesetzlichen Grundlagen im VwVG und im OG hat gezeigt, dass der vorläufige Rechtsschutz im System der Rechtspflege in Bundesverwaltungssachen höchst variantenreich geregelt ist. Zwar ist es dem Rechtsmittelführer in der Regel 51) möglich, in den dargestellten Fällen einen vorläufigen Rechtsschutz zu erlangen. Er darf dabei aber nicht übersehen, dass hierzu in den meisten Fällen sein ausdrückliches Begehren notwendig ist. Das Interesse des Rechtsmittelführers wie das

Interesse an einer klaren Ordnung ruft nach einer Vereinheitlichung dieser Regeln. Insbesondere in bezug auf die aufschiebende Wirkung soll und kann de lege ferenda der Grundsatz formuliert werden, dass mit allen Rechtsmitteln der (nachträglichen) Verwaltungsrechtspflege automatisch der Suspensiveffekt verbunden ist. Es scheint in der Tat kein Anlass zu bestehen, den Eintritt der aufschiebenden Wirkung im Zusammenhang mit einer staatsrechtlichen Beschwerde anders zu regeln, als dies bei einer Verwaltungsbeschwerde der Fall ist. Ein weiteres Postulat lautet auf Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Regelung über die vorsorglichen Verfügungen im Bundesgesetz über den Zivilprozess auf die Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde und der Verwaltungsgerichtsbeschwerde.

- 1) Die verwaltungsprozessualen Rechtsmittel befassen sich mit der Streitsache des öffentlichen Rechts des Bundes, genauer mit Streitigkeiten aus dem Gebiet des Verwaltungsrechts des Bundes, Art. 5 Abs. 1 VwVG. Vergl. GYGI, System der Verwaltungsrechtspflege, 200 f.

GYGI, Verwaltungsverfahren, 81, 84 ff.

- 2) AS 1969, 737.

- 3) AS 1969, 767.

- 4) GYGI, Verwaltungsverfahren, 1 ff.

GYGI, System der Verwaltungsrechtspflege, 197.

FISCHLI, Neue Prozeduren, 257 ff.

- 5) Vergl. Art. 45 II lit. g VwVG.

- 6) Art. 1, 5, 7 ff VwVG.

Zum Verhältnis der einzelnen verwaltungsprozessualen Verwaltungsmittel unter sich vergl.: GYGI, System der Verwaltungsrechtspflege, 203 ff.

- 7) Vergl. § 6 VI.

8) Art. 55 Abs. 2 VwVG.

Andere Verfügungen können von der unteren Instanz oder von der Beschwerdeinstanz sofort vollstreckt werden, vergl. FLEINER-GERSTER, 243 und zit. BGE 98 I 220, 99 Ib 219.

Die gegenteilige Lösung enthält § 80 Abs. 2 Ziff. 1 VWGO, vergl. Fussnote 5, Seite 83.

Die Zulässigkeit des Entzuges wurde bejaht in: VPB 1972, Nr. 16; 1977, Nr. 37.

9) Art. 55 Abs. 3 VwVG.

Die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung kann sich im Hinblick darauf rechtfertigen, dass sich dieselbe Frage für hängige Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren an das Bundesgericht stellt, VPB 1972, Nr. 16.

Eine gegen die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gerichtete Beschwerde ist gegenstandslos, wenn die den Entzug dieser Wirkung anordnende Verfügung die tatsächlichen Verhältnisse des Beschwerdeführers nicht zu dessen Nachteil verändert haben, BGE 97 Ib 218/219.

Vergl. auch § 13 III. B.

10) Art. 55 Abs. 4 VwVG.

11) Art. 79 Abs. 3 VwVG.

Aufschiebende Wirkung kommt dagegen der Beschwerde an den Bundesrat zu, vergl. Art. 77 in Verbindung mit Art. 55 Abs. 1 VwVG.

12) Art. 56 VwVG.

Vergl. §§ 17 ff.

13) Ueber ein Begehren um Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ist ohne Verzug zu entscheiden, VPB 1973, Nr. 25.

14) Art. 45 VwVG.

Vergl. § 7 III. B.2.

15) GYGI, Vorsorgliche Massnahmen, 13.

16) Art. 55 Abs. 2 VwVG.

GYGI/STUCKI, Kommentar, Note 2 zu Art. 63.

17) GYGI, Vorsorgliche Massnahmen, 13.

18) Vergl. Art. 1-40 OG.

19) Verg. § 5 III. B. 1.

20) Art. 85 BZP.

21) Art. 84 OG.

22) Der Gesetzgeber hat das Fehlen einer automatisch mit der Beschwerde verbundenen aufschiebenden Wirkung damit begründet, dass die Vollstreckung oder Inkraftsetzung des kantonalen Entscheides oder Erlasses im Regelfall höher zu bewerten ist, als das Individualrecht des Bürgers. Vergl. BIRCHMEIER, 401; BONNARD, 1 f.

23) Für Verfügungen im Sinn von Art. 94 OG ist immer der Präsident zuständig, nicht der Instruktionsrichter und auch nicht die Kammer. Vergl. Art. 14 OG; BGE 95 I 382.

24) Art. 94 OG.

25) MARTI, 144.

Zur Frage der aufschiebenden Wirkung bei vollstreckten Verwaltungsverfügungen vergl. § 11 V.

26) MARTI, 144.

Vergl. § 12 IV.

27) MARTI, 144.

Vergl. § 14

28) MARTI, 144.

Vergl. § 15

29) MARTI, 144.

30) Art. 40 OG, Art. 79 ff BZG.

31) BGE 95 I 380.

Nach Meinung des Bundesgerichts geht die Wirkung der nach Art. 94 OG erlassenen Verfügung nicht soweit, um, entsprechend der Zweckbestimmung des Art. 79 BZP, einen Besitzer gegen verbotene Eigenmacht und widerrechtliche Vorenthaltung zu schützen (Art. 79 Ziff. 1 BZP), oder um einen drohenden, nicht leicht wieder gut zu machenden Nachteil, insbesondere durch Veränderung des bestehenden Zustandes vor oder während der Rechtshängigkeit des Anspruches abzuwehren (Art. 79 Ziff. 2 BZP). Da das OG eine anders geartete Materie als der Bundeszivilprozess enthalte, sei eine analoge Anwendung der Vorschrift von Art. 79 BZP ausgeschlossen.

32) BIRCHMEIER, 401.

33) BGE 95 I 382.

34) MARTI, 144.*

BIRCHMEIER, 401.

35) MARTI, 144 und zit. Art. 81 Abs. 2 BZP.

Die Beweislast liegt beim Antragsteller. Vergl. Wieseler, 56.

OBERMAYER, Einstweilige Anordnung, 879.

EYERMANN-FROEHLER, Note 18 zu § 123.

STEINITZ, Vorsorgliche Verfügungen, 208.

BIRCHMEIER, 404: Für den Erlass einer vorsorglichen Verfügung müssen zwingende Gründe vorhanden sein.

36) BGE 95 I 381.

Zur Anfechtbarkeit von Verfügungen betreffend vorsorgliche Massnahmen vergl. § 7 III. B. 3.

37) Art. 97 OG.

Die Regelung betreffend die vorsorglichen Massnahmen im Zusammenhalt mit einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde gelten auch für das Verfahren vor dem eidgenössischen Versicherungsgericht, Vergl. Art. 132 OG.

38) Art. 111 OG.

39) Art. 113 OG in Verbindung mit Art. 94 OG.

40) Diese Bestimmung ist neu; Art. 106 alt-OG gewährte keine aufschiebende Wirkung, behielt jedoch deren Anordnung durch Präsidialverfügung vor.

Denkbar wäre auch die umgekehrte Regelung: Geld kann man meist ohne Schaden hin und her schieben. Vergl. FISCHLI, Neue Prozeduren, 272. Die gegenteilige Lösung beinhaltet z.B. § 80 Abs. 2 Ziff. 1 VwGO.

41) BGE 100 I b 497 ff.

42) BGE 98 I b 283.

Vergl. § 7 III. B. 2.

43) Art. 116 OG.

44) Art. 80 Ziff. 1 BZP.

- 45) Art. 81 Ziff. 1 BZP.
- 46) Art. 81 Ziff. 2 BZP.
- 47) Art. 81 Ziff. 3 BZP.
- 48) Art. 80 Ziff. 2 BZP.
- 49) Art. 142 OG.
- 50) BIRCHMEIER, 513.
Vergl. auch § 12.
- 51) Vergl. § 6 VI,

§ 6 Aufschiebende Wirkung und vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Aargau (VRPG AG) ¹⁾

I. Gesetzliche Grundlagen und Anwendungsbereich

Das Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 9. Juli 1968 gilt für das Verfahren vor dem Verwaltungsgericht, den Rekurs- und Schätzungskommissionen und den Verwaltungsbehörden des Kantons, der Gemeinden, sowie der Körperschaften und Anstalten des kantonalen und kommunalen öffentlichen Rechts. ²⁾ Sonderbestimmungen in anderen Erlassen bleiben vorbehalten. ³⁾

Das VRPG regelt die aufschiebende Wirkung und anderweitige vorsorgliche Massnahmen im 3. Abschnitt, Rechtsmittel, 1. Unterabschnitt, Allgemeines, in § 44. Die Bestimmungen dieses Abschnittes über die Rechtsmittel im allgemeinen (§§ 38-44) gelten für alle förmlichen Rechtsmittelverfahren im kantonalen Verwaltungsrecht.

II. Ordentliche Rechtsmittel

Als ordentliche Rechtsmittel stehen die Einsprache, ⁴⁾ die Verwaltungsbeschwerde ⁵⁾ und die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zur Verfügung. ⁶⁾ ⁷⁾

III. Die aufschiebende Wirkung nach § 44 VRPG

A, Grundsatz

Gemäss § 44 Abs. 1 hat die Beschwerde aufschiebende Wirkung, wenn nicht durch besondere Vorschrift oder aus wichtigen Gründen in den angefochtenen Verfügungen und Entscheidungen selbst etwas anderes bestimmt wird.

B. Ausnahmen

1. Entzug der aufschiebenden Wirkung durch die verfügende Behörde

Zunächst kann die aufschiebende Wirkung durch die die Verfügung erlassende Behörde selbst entzogen werden. Dies kann aufgrund einer besonderen Vorschrift oder aus wichtigen Gründen ⁸⁾ erfolgen.

2. Entzug und Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung durch die Beschwerdeinstanz

Sodann kann die Beschwerdeinstanz bezüglich der aufschiebenden Wirkung eine gegenteilige Anordnung treffen, § 44 Abs. 2. Diese Anordnung kann darin bestehen, dass entweder die mit der Beschwerdeerhebung automatisch ausgelöste aufschiebende Wirkung entzogen wird oder dass die aufschiebende Wirkung in denjenigen Fällen wieder hergestellt wird, in denen sie durch besondere Vorschriften oder aus wichtigen Gründen in der angefochtenen Verfügung oder Entscheidung selbst entzogen worden ist. ⁹⁾

3. Wiederaufnahme nach § 29 VRPG

Das Wiederaufnahmebegehren hat keine aufschiebende Wirkung, es sei denn, diese werde durch die Behörde eigens angeordnet.

IV. Anderweitige vorsorgliche Massnahmen nach § 44 Abs. 2 VRPG

Neben der gegenteiligen Anordnung in bezug auf die aufschiebende Wirkung kann die Beschwerdeinstanz zudem anderweitige vorsorgliche Massnahmen treffen.

V. Verfahren

A. Anordnung von vorsorglichen Massnahmen aufgrund eines Parteiantrages oder von Amtes wegen

1. Anordnung aufgrund eines Parteiantrages

Vorsorgliche Verfügungen können zunächst auf Begehren einer Partei, des Beschwerdeführers oder des Beschwerdegegners bzw. der beschwerdebeklagten Behörde erlassen werden. Das Gesuch kann frühestens nach der Rechtshängigkeit des Rechtsmittels gestellt werden. Es kann mit dem Rechtsmittel oder mit der Vernehmlassung verbunden oder selbständig während des weiteren Gangs des Verfahrens noch bis zum Urteilszeitpunkt eingereicht werden. Der Antrag kann schriftlich eingereicht oder vor der zuständigen Instanz zu Protokoll gegeben werden, sofern diese nicht eine schriftliche Begründung verlangt. 10)

2. Begründung des Antrages

Die Notwendigkeit der vorsorglichen Verfügung, d.h. der Anspruch auf vorsorglichen Schutz muss eine gewisse Liquidität haben; es handelt sich aber auch hier um eine blosser Glaubhaftmachung. 11) Daher genügt die blosser Möglichkeit, dass ein Recht verletzt wird. 12)

3. Anordnung von Amtes wegen

Nach der "Kann-Formulierung" des § 44 Abs. 2 VRPG ist es eine Ermessensfrage, ob die Beschwerdeinstanz eine gegenteilige Anordnung oder eine anderweitige vorsorgliche Massnahme treffen will oder nicht. Kommt einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung grundsätzlich nicht zu oder wurde ihr der Suspensiveffekt ausdrücklich abgesprochen, so ist die aufschiebende Wirkung dann von Amtes wegen zu gewähren oder wiederherzustellen, wenn es gilt, das Beschwerdeverfahren durch den Vollzug der angefochtenen Verfügung nicht illusorisch werden zu lassen oder den Beschwerdeführer vor einer zu grossen Härte zu bewahren. Im gleichen Sinn ist der Begriff der anderweitigen vorsorglichen Massnahmen auszulegen; diese soll ebenfalls den vorzeitigen Eintritt des im Beschwerdeverfahren umstrittenen Er-

eignisses verhindern. 13)

"Das Verbot der reformatio in pejus spielt im Zusammenhang einer von Amtes wegen erlassenen vorsorglichen Verfügung nicht. Sonst wäre auch eine Verfügung auf Antrag eines Beschwerdegegners, der nicht gleichzeitig Beschwerdeführer ist, nicht möglich. Der Entzug der aufschiebenden Wirkung z.B. besteht nicht in der Abänderung der angefochtenen Verfügung zum Nachteil des Beteiligten, sondern stellt eine der Beschwerdeinstanz zustehende Festlegung der vorläufigen Wirkung der Beschwerde dar, entweder im Sinn des Entzuges oder der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung." 14)

4. Rechtliches Gehör

a. Grundsatz

Vor Erlass einer Verfügung oder eines Entscheides im Sinn von § 44 Abs. 2 VRPG ist dem Betroffenen Gelegenheit zu geben, sich mündlich oder schriftlich zu äussern, wenn dies besonders vorgeschrieben ist oder wenn ihm Nachteile erwachsen könnten, die durch die nachträgliche Aufhebung der Verfügung oder des Entscheides nicht mehr zu beseitigen wären, § 15 Abs. 1 VRPG. Eine besondere Anhörung ist nicht notwendig, wenn die Verfügung auf Gesuch hin ergeht; dann hatte der Gesuchsteller die Möglichkeit, seine Gründe darzulegen. Das gleiche gilt in der Beschwerdeinstanz gegenüber dem Beschwerdeführer. Die Beschwerdeinstanz ist nicht gehalten, dem Beschwerdeführer Gelegenheit zu geben, sich zu rechtlichen Ueberlegungen zu äussern, die für sie massgeblich sind, die aber in den bisherigen Rechtsschriften und Entscheiden nicht erörtert wurden. Die Behörde bringt das Recht von Amtes wegen zur Anwendung, § 20 Abs. 1 VRPG. 15)

b. Ausnahme

Ausnahmsweise können Massnahmen im Sinn von § 44 Abs. 2 VRPG in Form von superprovisorischen Verfügungen ergehen, d.h. ohne

vorherige Anhörung des Gegners. Voraussetzung ist aber, dass die Dringlichkeit ganz besonders gross ist. Es muss die Gefahr vorhanden sein, dass eine Verfügung andernfalls zu spät käme. 16)

5. Abänderung oder Aufhebung von vorsorglichen Massnahmen 17)

Verfügungen und Entscheide, die der Rechtslage nicht mehr entsprechen, können durch die erlassende Behörde oder durch die Aufsichtsbehörde abgeändert oder aufgehoben werden, wenn wichtige öffentliche Interessen es erfordern, § 26 VRPG. 18)

B. Zuständigkeit zum Erlass von vorsorglichen Massnahmen

1. Zuständigkeit der Beschwerdeinstanz im allgemeinen

Grundsätzlich kann eine gegenteilige Anordnung oder anderweitige vorsorgliche Massnahme durch die Beschwerdeinstanz getroffen werden. 19) Handelt es sich bei der Beschwerdeinstanz um eine Kollegialbehörde, so ist hierzu in dringenden Fällen 20) der Vorsitzende ermächtigt.

2. Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts im besonderen

Auf vorsorgliche Verfügungen im Sinn von § 44 Abs. 2 VRPG erstreckt sich die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes insoweit, als dieses auch in der Hauptsache zuständig ist. 21)

C. Eröffnung des Entscheides über vorsorgliche Massnahmen

Der Antrag des Gesuchstellers auf Entzug der aufschiebenden Wirkung bzw. auf Anordnung von anderen vorsorglichen Massnahmen darf nicht in der Schwebe gelassen werden, wenn nicht innert sehr kurzer Zeit materiell entschieden werden kann. Ist dies nicht möglich, so hat die Behörde über den Antrag in einem separaten, beschwerdefähigen Entscheid zu befinden. 22)

Verfügungen und Entscheide über vorsorgliche Massnahmen sind als solche zu bezeichnen und den Beteiligten sowie allfälligen weiteren in ihrem schutzwürdigen Interesse Betroffenen zu eröffnen. Erfolgt eine mündliche Mitteilung, so ist sie auf Verlangen der Beteiligten, oder wenn es die Umstände erfordern, schriftlich zu bestätigen. ²³⁾ Soweit dem Begehren der Beteiligten nicht voll entsprochen wird, hat die Eröffnung eine Begründung und eine Rechtsmittelbelehrung zu enthalten. ²⁴⁾ Dies gilt erst recht, wenn ohne Begehren in die Rechtsstellung der Parteien eingegriffen wird. ²⁵⁾

D. Rechtsmittel

1. Anfechtbarkeit des Entscheides über vorsorgliche Massnahmen im allgemeinen

Beim Entscheid über die aufschiebende Wirkung bzw. die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen handelt es sich um einen Zwischenentscheid. ²⁶⁾ Das Verwaltungsrechtspflegegesetz enthält keine Bestimmungen darüber, ob ein Zwischenentscheid für sich allein oder nur zusammen mit der Hauptsache angefochten werden kann. Unter Berücksichtigung der sich stellenden Rechtsschutzinteressen ist die gesonderte Weiterziehbarkeit von Zwischenentscheiden mindestens dann zu bejahen, wenn diese für den Betroffenen einen Nachteil zur Folge hat, der sich später nicht mehr beheben lässt. Dies kann bei Entscheiden über die Erteilung der aufschiebenden Wirkung bzw. die Anordnung von vorsorglichen Massnahmen zutreffen, ²⁷⁾ weshalb solche Zwischenentscheide gesondert anfechtbar sind. ²⁸⁾ Der Instanzenzug folgt hierbei dem der Hauptsache. ²⁹⁾

2. Anfechtbarkeit des Entscheides über die vorsorglichen Massnahmen beim Verwaltungsgericht

Bei Beschwerden über vorsorgliche Verfügungen im Sinn von § 44 Abs. 2 VRPG ist die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes ge-

geben, wenn dieses auch im Hauptverfahren zuständig wäre. 30)

3. Wirkung der Beschwerde

Grundsätzlich kommt der Beschwerde gemäss § 44 Abs. 1 VRPG die aufschiebende Wirkung zu. Dieses Prinzip kann jedoch zu einer übermässigen Gefährdung entgegenstehender Interessen führen. Die entscheidende Behörde und die Beschwerdeinstanz sind daher ermächtigt, von diesem Grundsatz abzuweichen, sofern wichtige Gründe verlangen, dass eine Verfügung sofort vollstreckt wird oder die in einer Entscheidung festgestellte Rechtsfolge schon vor der rechtskräftigen Beschwerdeerledigung wirksam wird. Dieses Ziel kann aber nur erreicht werden, wenn diesfalls der Beschwerde gegen eine Verfügung auf Entzug des Suspensiv-effekts keine aufschiebende Wirkung zukommt. 31)

VI. Einwirkungen der bundesrechtlichen Vorschriften über die vorsorglichen Massnahmen auf die entsprechenden Bestimmungen des kantonalen Verfahrensrechts 32)

A. Grundsätzliches Verhältnis zwischen Bundesverwaltungsrecht und kantonalem Verfahrensrecht

Grundsätzlich findet weder das Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren noch das Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege Anwendung auf kantonale Verfahren. Nach Art. 1 Abs. 3 VwVG gelten lediglich die Art. 34-38, welche die Anforderungen an die Eröffnung der Verfügungen regeln, Art. 61 Abs. 2 über den Inhalt und die Form des Beschwerdeentscheides und Art. 61 Abs. 3, der bestimmt, wem der Beschwerdeentscheid zu eröffnen ist, sowie Art. 55 Abs. 2 und 4 betreffend den Entzug der aufschiebenden Wirkung und die Haftung für willkürlichen Entzug derselben. Diese Bestimmungen gelten allerdings nur für das Verfahren letzter kantonalen Instanzen, die gestützt auf Bundesverwaltungsrecht nicht endgültig verfügen. Mit der Anwendung dieser Vorschriften soll der Uebergang des kantonalen

Verfahrens auf die Rechtsmittelinstanzen des Bundes gewährleistet werden. ³³⁾ Im übrigen wickeln sich das nichtstreitige Verfahren wie das streitige Verfahren nach kantonalem Recht ab.

B. Auswirkungen der Nichtanwendung von Bundesrecht auf die kantonalen Regelungen betreffend die aufschiebende Wirkung und vorsorgliche Massnahmen

Aus der einschränkenden Verweisung des Art. 1 Abs. 3 VwVG folgt, dass die Kantone von Bundesrechts wegen nicht verpflichtet sind, Art. 55 Abs. 1 VwVG anzuwenden, also ihren Rechtsmitteln grundsätzlich die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, sofern es sich beim Streitgegenstand nicht um eine Geldleistung handelt. ³⁴⁾ Das Bundesgericht betrachtet die Aufzählung in Art. 1 Abs. 3 VwVG als abschliessend und keiner lückenfüllenden Ergänzung zugänglich. Der Gesetzgeber sei bei der Formulierung dieser Bestimmung der Meinung gewesen, es rechtfertige sich nicht, zum Schutz der Interessen des Bürgers vom Grundsatz abzuweichen, dass das Verfahren vor den kantonalen Behörden sich nach kantonalem Recht richtet. Deshalb hätten die Urheber dieser Bestimmung davon abgesehen, die Bestimmungen, nach denen eine Beschwerde von Gesetzes wegen aufschiebende Wirkung hat und gegebenenfalls die Beschwerdeinstanz diese Wirkung wiederherstellen kann, auf das Verfahren der kantonalen Behörden anwendbar zu erklären. Dagegen hätten sie gefunden, dass das Interesse des Bundes an der sofortigen Vollstreckbarkeit gewisser kantonalen Verfügungen geschützt werden müsse; daher sei das Verfahren der letzten kantonalen Instanzen den Vorschriften des Art. 55 Absätze 2 und 3 VwVG über den Entzug der aufschiebenden Wirkung unterstellt worden. ³⁵⁾

Weil Art. 1 Abs. 3 VwVG nicht auf Art. 55 Abs. 3 VwVG verweist, ist es Sache der Kantone, Voraussetzungen und Modalitäten der Wiederherstellung der von der unteren Instanz entzogenen aufschiebenden Wirkung zu regeln. ³⁶⁾ Wird von der letzten kanto-

nalen Instanz die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung mit Zwischenentscheid abgelehnt, so kann dieser, weil er sich nicht auf öffentliches Recht des Bundes stützt, nicht mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht angefochten werden. 37) Dies kann zur Konsequenz haben, dass infolge der Verweigerung der Wiederherstellung der Prozessgegenstand zerstört, mithin der Sachentscheid in unzulässiger Weise präjudiziert und damit letztlich Bundesrecht vereitelt würde. 38)

Ebenso enthält das VwVG keine auf kantonale Verfahrensordnungen anwendbare Bestimmungen über vorsorgliche Massnahmen. In den Fällen, in welchen die Verwirklichung des materiellen Bundesverwaltungsrechts vom Erlass einer vorsorglichen Massnahme abhängt, sind die Kantone von Bundesrechts wegen verpflichtet, vorsorgliche Massnahmen zu treffen. Weil vorsorgliche Massnahmen einer gesetzlichen Grundlage bedürfen, müssen die kantonalen Verwaltungsverfahrensdordnungen entsprechende Bestimmungen enthalten. 39)

1) AGS Bd. 7, 199 ff.

2) § 1 Abs. 1 VRPG.

3) § 1 Abs. 2 VRPG.

Vergl. die Zusammenstellung der Sondernormen des ordentlichen kantonalen Verwaltungsbeschwerdeverfahrens bei BAUMGARTNER, 144 ff.

4) Die Einsprache ist im VRPG selbst nicht geregelt, wird aber z.B. in § 4 des Baugesetzes genannt. Vergl. ZIMMERLIN, Kommentar, 45 ff. Sie ist ein echtes, ordentliches Rechtsmittel mit Rechtsschutzanspruch. Durch die Einsprache sollen Fehlleistungen verhindert und eine einlässliche Prüfung der gegen den Verwaltungsakt erhobenen Einwände erwirkt werden. Vergl. SCHWARZENBACH, Verwaltungsrecht, 131. Sie richtet sich meist gegen eine in der Entstehung begriffene Verwal-

tungsverfügung und ist demgemäss in der Regel bei der verfügenden Behörde zu erheben. Vergl. GYGI, Verwaltungsverfahren, 118; BGE 97 I 884, 99 V 188.

5) Das Beschwerdeverfahren ist in den §§ 15-36 und 38-50 geregelt. Vergl. ZIMMERLIN, Kommentar, 53; DUBS, 274 ff.

6) Für das Verwaltungsgerichtsbeschwerdeverfahren gelten die §§ 15-36, 38-44 sowie 57/58. Vergl. ZIMMERLIN, Kommentar, 57.

7) Ueber den Instanzenzug im VRPG vergl. ROHR, 349 ff.

8) Vergl. § 12 I.

9) AGVE 1971, 331 ff; 1972, 362; 1974, 219 ff; 1975, 298 ff.

10) Vergl. § 247 ZPO AG.

11) Vergl. EICHENBERGER, Beiträge, 233.

Die Beweislast liegt beim Antragsteller, im Falle eines Entzuges vom Amtes wegen bei der verfügenden Behörde, WIESELER, 56.

12) Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 20.4.78, III. 27.

13) Vernehmlassung des Regierungsrates des Kantons Aargau vom 4.1.79 an das Verwaltungsgericht in Sachen S.M.

14) AGVE 172, 367.

15) AGVE 1972, 367.

16) Entscheid des Verwaltungsgerichtes des Kantons Aargau vom 30.6.77, III. 471 (Kontrollnummer 1977/323).

KOELZ, Kommentar, Note 27 zu § 25.

17) Vergl. § 14.

18) AGVE 1972, 356 f. (Entzug einer Baubewilligung in einem Fall, in dem mit dem Bau noch nicht begonnen wurde oder erst Vorbereitungen getroffen oder nur solche Arbeiten vorgenommen wurden, welche die Verhinderung des Baues immer noch sinnvoll und wirtschaftlich vertretbar erscheinen lassen).

19) GULDENER, 2. Auflage 1958, 190 und Supplement II 1964, 61 f.

20) Ein dringender Fall liegt z.B. vor, wenn eine Verfügung bei

der Grösse des fraglichen Bauvorhabens (Neubau eines Stauwehrrs) bedeutende finanzielle Konsequenzen haben könnte. Vergl. Entscheid des Verwaltungsgerichtes des Kantons Aargau vom 10.6.77, III. 32.

AGVE 1975, 299; 1972, 362 f; 1971, 337.

21) § 56 VRPG.

AGVE 1973, 267; 1972, 355, 361 f.

22) AGVE 1977, 286.

Vergl. § 7 III. B.2.

23) § 23 Abs. 1 VRPG.

24) § 27 Abs. 3 VRPG.

25) AGVE 1972, 368.

Da der Entzug der aufschiebenden Wirkung nur aus wichtigen Gründen erfolgen darf, bedarf er grundsätzlich einer Begründung. Vergl. auch die Richtlinien des Regierungsrates über die Anwendung von Verfahrensregeln des Verwaltungsrechtspflegegesetzes vom 1.4.71.

26) Vergl. § 7 III. B. 2.

27) AGVE 1971, 334; 1972, 339, 362; 1973, 267; 1977, 286.

28) Vergl. Art. 45 lit. g VwVG.

29) GYGI, Vorsorgliche Massnahmen, 13.

30) AGVE 1971, 334 f; 1973, 267.

31) Der gegen den Widerruf der Baubewilligung eingereichten Beschwerde kommt grundsätzlich die aufschiebende Wirkung zu. Die Behörde kann und soll daher der Beschwerde entweder die aufschiebende Wirkung entziehen oder durch Anordnung einer Baueinstellung verhindern, dass bis zum endgültigen Entscheid über den Widerruf mit dem Bau begonnen oder fortgeführt wird, AGVE 1972, 362.

BVR 1976, 61 ff.

BVR 1978, 342 ff.

32) KOELZ/KOTTUSCH, 442 ff.

33) KOELZ/KOTTUSCH, 430.

34) KOELZ/KOTTUSCH, 448.

Ob einem Rechtsmittel (im übrigen) Suspensiveffekt zukommt, entscheidet sich allein nach kantonalem Recht, AGVE 1968, 113.

- 35) BGE 102 Ib 226 E.2.
- 36) BGE 102 Ib 226 E.2.
- 37) BGE 102 Ib 226 E.2/3.
- 38) KOELZ/KOTTUSCH, 449.
- 39) KOELZ/KOTTUSCH, 449.

§ 7 Die Verfügungsverfügung als Anfechtungsobjekt in der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege

I. Begriff der Verfügung 1)

Als Verfügungen gelten hoheitliche Anordnungen von Verwaltungsbehörden, die sich auf das öffentliche Recht stützen und zum Gegenstand haben:

- Begründung, Aenderung oder Aufhebung von Rechten und Pflichten;
- Feststellung des Bestehens, Nichtbestehens oder Umfanges von Rechten und Pflichten;
- Abweisung von Begehren auf Begründung, Aenderung, Aufhebung oder Feststellung von Rechten und Pflichten oder Nichteintreten auf solche Begehren.

Als Verfügungen gelten auch Vollstreckungsverfügungen, 2) Zwischenverfügungen, 3) Einspracheentscheide, 4) Beschwerdeentscheide, 5) Entscheide im Rahmen einer Revision 6) und die Erläuterung. 7) Nicht als Verfügungen gelten Erklärungen von Behörden über Ablehnung oder Erhebung von Ansprüchen, die auf dem Klageweg zu verfolgen sind. 8) Verfügungen sind individuelle, an den Einzelnen gerichtete Hoheitsakte, durch die eine konkrete verwaltungsrechtliche Rechtsbeziehung rechtsgestaltend oder feststellend in verbindlicher und erzwingbarer Weise geregelt wird. 9) Solche Verfügungen und Entscheide werden auch als Verwaltungsakte bezeichnet. 10)

II. Arten von Verfügungen

Nach ihren Funktionen und Rechtswirkungen können folgende Arten von Verwaltungsakten unterschieden werden: 11)

A. Gestaltende Verwaltungsakte

Ihnen kommt die grösste praktische Bedeutung zu. Durch gestal-

tende Verwaltungsakte wird ein konkretes, individuelles Rechtsverhältnis geregelt, d.h. begründet, geändert oder aufgehoben. Es kann damit aber auch die Begründung eines Rechtsverhältnisses verweigert werden. Wenn die Verwaltung den Einzelnen in verbindlicher und erzwingbarer Weise zu einem Tun, Unterlassen oder Dulden verpflichtet oder ihm Rechte einräumt, ändert oder aufhebt, liegt ein gestaltender Verwaltungsakt vor.

Beispiele: 12)

- Verleihung eines Wasserrechtes
- Verleihung des Bürgerrechtes
- Erteilung einer Baubewilligung
- Erhöhung oder Herabsetzung einer Rente in der Sozialversicherung
- Entzug des Führerausweises
- Entzug der Jagdberechtigung

B. Feststellende Verwaltungsakte

Feststellende Verwaltungsakte stellen die Existenz oder Nichtexistenz rechtlich erheblicher nichtstreitiger Tatsachen oder nichtstreitiger Rechtsverhältnisse rechtsverbindlich fest. Sie haben die Wahrnehmung und Festlegung bestimmter Tatsachen zum Gegenstand, aus deren Vorhandensein oder Nichtvorhandensein sich Rechtsfolgen ergeben. Feststellungsbegehren sind von der Verwaltung zu behandeln, wenn der Gesuchsteller an der Feststellung ein schutzwürdiges Interesse hat.

Beispiele: 13)

- Entscheid über Unterstellung unter das Bankengesetz
- Beurkundung von Verträgen
- Beglaubigung von Unterschriften
- Anbringung von Eichzeichen auf Hohlgefäßen

C. Entscheidende Verwaltungsakte

Entscheidende Verwaltungsakte bilden verwaltungsbehördliche Entscheide, die Verwaltungsstreitsachen schlichten.

Beispiele: 14)

- Entscheid über die Verwaltungsbeschwerde
- Entscheid über Einsprachen

D. Begünstigende und belastende Verwaltungsakte

Soweit diese Verwaltungsakte ihrem Adressaten weitere Rechte oder Berechtigungen einräumen erweitern sie seine bisherige Rechtsposition, sie wirken begünstigend (z.B. Wirtschaftspatenterteilung, Erteilung der Baubewilligung). Haben ihre Rechtswirkungen im Endeffekt eine Schmälerung der Rechtsposition des Adressaten zur Folge, so wirken sie belastend. 15) Belastende Verfügungen enthalten die Anordnung eines Verbotes oder Gebotes (z.B. Verfügung der Polizei auf Schliessung eines Kinos).

E. Negative Verwaltungsakte

Als negativ werden Verwaltungsakte bezeichnet, wenn durch sie eine Handlung der Behörde abgelehnt oder der Erlass einer nachgesuchten Verfügung verweigert wird. 16)

III. Funktion der Verfügung für das Rechtsmittelverfahren

A. Die Verfügung als Prozessvoraussetzung

Innerhalb der Sachzuständigkeit der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege kann eine Beschwerde oder Verwaltungsgerichtsbeschwerde nur unter der Voraussetzung erhoben werden, dass eine anfechtbare Verfügung ergangen ist. Die Verfügung ist damit Prozessvoraussetzung und Anfechtungsobjekt der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege. 17) Mit dem Erlass einer Verfügung erreicht die Verwaltung, dass der Betroffene zu einem Rechtsmittel greifen und die Verwaltungsrechtspflege in Gang setzen

muss, wenn er die endgültige Verbindlichkeitswirkung der Verfügung abwenden will. 18)

B. Begriff der anfechtbaren Verfügung

Eine Anfechtungsmöglichkeit ist gegeben, wenn nach den anerkannten Begriffsmerkmalen eine Verfügung vorliegt. 19) Da formell jede Aeussierung einer Verwaltungsbehörde eine Verfügung (in einem weiteren Sinn) darstellt, unterscheidet das Verwaltungsverfahren zum Zweck der Umschreibung des Anfechtungsgegenstandes in der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege zwischen einem weiteren und einem engeren Begriff der Verfügung. 20) Mit anderen Worten ist der mögliche Gegenstand des förmlichen Rechtsmittelverfahrens enger umschrieben, als dies dem allgemeinen Begriff der Verfügung im weiteren Sinn entsprechen würde. 21) Ueberdies bestimmt der Begriff der Verfügung nur, welche Anordnungen anfechtbar sind, nicht aber, wo sie angefochten werden können. 22)

1. Anfechtbare Verfügungen im allgemeinen 23)

Verfügungen im engeren Sinn und damit anfechtbar sind die von den Verwaltungsbehörden im Rahmen ihrer Befehlsgewalt erlassenen verbindlichen, als Verfügungen oder Entscheide gekennzeichneten Anordnungen. In Ergänzung der positivrechtlichen Vorschriften hat die Praxis in Bezug auf die Anfechtbarkeit solcher Verwaltungsakte ergänzende Regeln entwickelt. Da die Aufzählung der als anfechtbar anerkannten Verwaltungsakte im Einzelnen an dieser Stelle zu weit führen würde, sei auf andernorts gemachte einschlägige Zusammenstellungen verwiesen. 24)

2. Verfügungen über vorsorgliche Massnahmen im besonderen

Anordnungen über vorsorgliche Massnahmen stellen prozessleitende Zwischenverfügungen dar. 25) Diese sind selbständig anfechtbar, wenn die Prozessordnung es zulässt, oder wenn sie einen

nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken können und die Beschwerde auch gegen die Endverfügung zulässig ist. 26) Vorsorgliche Verfügungen und vorsorgliche Massnahmen können wie Urteile vollstreckt werden. 27)

3. Nicht anfechtbare Verfügungen

Wegen fehlendem Rechtsschutzinteresse sind nicht anfechtbar: Anträge, Mitteilungen, Ansichtsäusserungen, Ratschläge, Empfehlungen, Ermahnungen, rechtsgeschäftliche Erklärungen, Einsprüche, die erst Verfügungen auslösen, vorläufige Ankündigungen von Verfügungen. In all diesen Fällen fehlt es an einer verpflichtenden urteilsähnlichen Wirkung. 28)

IV. Wirksamkeit, Vollzug und Vollstreckung von Verfügungen

Angesichts der möglichen Beeinträchtigung der Rechtsposition des Adressaten durch Verfügungen interessiert bei der Beurteilung der an die vorsorglichen Massnahmen zu stellenden Anforderungen insbesondere die Frage nach dem Zeitpunkt der Wirksamkeit und der Vollstreckbarkeit einer Verfügung: Wann erzeugt die in der Verfügungsformel enthaltene Anordnung die beabsichtigte materielle Rechtsfolge, und wann kann diese Rechtsfolge durchgesetzt werden? Ist dies schon bei der Eröffnung der Verfügung an den Adressaten der Fall oder erst dann, wenn die Verfügung in formelle Rechtskraft erwachsen ist? 29) Von der Beantwortung dieser Fragen hängt entscheidend ab, wann und welche vorsorglichen Massnahmen im Zusammenhang mit dem gegen einen Verwaltungsakt ergriffenen Rechtsmittel einsetzen müssen, um dem Adressaten einen umfassenden vorläufigen Rechtsschutz zu gewährleisten.

A. Wirksamkeit der Verfügung

Nach der herrschenden Ansicht erlangt die Verwaltungsverfügung ihre Wirksamkeit grundsätzlich ohne weiteres mit ihrer Eröff-

nung an den Adressaten und nicht erst mit dem Ablauf der Rechtsmittelfrist. 30) Dies gilt sowohl für belastende oder befehlende 31) wie auch für begünstigende Verfügungen. 32) Vorbehaltlich ausdrücklicher gesetzlicher Regelung besteht kein Anlass, den Eintritt der Wirksamkeit von begünstigenden oder belastenden Verfügungen unterschiedlich zu beurteilen. 33) Vom Moment der Eröffnung an kann daher von der begünstigenden Verfügung Gebrauch gemacht werden und ab diesem Zeitpunkt ist eine belastende Verfügung zu befolgen. Dies gilt grundsätzlich auch für fehlerhafte Verfügungen, es sei denn, es liege ein Nichtigkeitsgrund vor. Eine nichtige Verfügung ist als rechtlich nicht existent, als absolut unwirksam und unbeachtlich anzusehen. 34) Die Verbindlichkeit entfällt darüber hinaus auch dann, wenn die Verfügung in einem förmlichen Verfahren abgeändert oder aufgehoben wird. Dies ist jedoch nur möglich, wenn die Gründe für eine Anpassung schwerer wiegen, als jene, die im Interesse der Rechtssicherheit für die Aufrechterhaltung der Verfügung sprechen. 35) Den Verfügungen eignet eine der materiellen Rechtskraft gleichkommende Rechtsbeständigkeit und Verbindlichkeit an. 36) Diese Inhaltswirkung 37) besteht zwar nicht in der Unabänderlichkeit der Verfügung und berechtigt auch nicht zur Einrede der res judicata. Materielle Rechtskraft kommt den Verfügungen aber insofern zu, als sie nur gestützt auf ausdrückliche gesetzliche Normen in Wiedererwägung gezogen, widerrufen oder revidiert werden können. 38) Die beschränkte materielle Rechtskraft von Verfügungen schliesst nicht aus, dass ein abgewiesenes Gesuch in der Regel erneuert werden kann, vor allem wenn dies in abgeänderter Form geschieht. 39)

Voraussetzung für die unmittelbare Wirksamkeit ist aber, dass der Adressat von der Verfügung Kenntnis erhalten hat oder hätte erhalten können. Erst aufgrund der ihm ordnungsgemäss eröffneten Verfügung wird er in den Stand versetzt, die ihm zur Verfügung stehenden Rechtsmittelmöglichkeiten auszuschöpfen, um sich so gegen unrechtmässige Anordnungen zu wehren. 40) Als

Ausfluss des bundesrechtlichen Anspruchs auf rechtliches Gehör gilt daher der Grundsatz, dass die Verfügung jedem individuell zu eröffnen ist, der von ihr betroffen wird oder als möglicher Betroffener um Mitteilung der Verfügung nachgesucht hat. 41)

B. Vollzug der Verfügung

Im weitesten Sinne kann unter dem Vollzug der Verfügung sowohl die freiwillige, durch den Adressaten erfolgende, wie auch die obrigkeitliche, unter Verwendung von verwaltungsrechtlichen Zwangsmitteln vor sich gehende Verwirklichung der in der Verfügungsformel enthaltenen materiellen Rechtswirkungen verstanden werden. 42) Einer Verwirklichung in diesem Sinn bedürfen indessen nur diejenigen Verfügungen, welche ihre Rechtsfolgen nicht bereits unmittelbar mit ihrer Eröffnung entfalten. Dies trifft für alle rechtsgestaltenden und feststellenden Verfügungen zu. Bei diesen Hoheitsakten fallen Wirksamkeit und Vollzug gleichsam zusammen. 43) Die unmittelbare Wirksamkeit der verfügten Rechtsfolge erübrigt damit deren tatsächliche Umsetzung.

Anders verhält es sich dagegen bei ge- und verbotenden Verfügungen, welche die Verpflichtung zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen begründen. Zwar hat auch hier die Eröffnung allein in dem Sinn eine Verbindlichkeitswirkung zur Folge, als die Verfügung vom Adressaten zu befolgen ist und von der Behörde notwendigenfalls durchgesetzt werden kann. Damit allein ist aber die tatsächliche Herstellung und Aufrechterhaltung der verfügten Rechtsfolge noch nicht gewährleistet. Im Interesse der Rechtsordnung, deren Erhaltung sie dienen, muss dem ersten Schritt der Eröffnung hier als zweiter Schritt noch der Vollzug der Verfügung folgen. Dies geschieht in den meisten Fällen dadurch, dass der Adressat sich entsprechend verhält. Tut er dies nicht, so muss die Behörde für die Vollstreckung sorgen. 44)

C. Vollstreckung der Verfügung

Während im Entscheidungs- oder Erkenntnisverfahren über den Bestand oder Nichtbestand öffentlicher Rechte und Pflichten entschieden wird, bestimmt das Vollstreckungsverfahren die Art und Weise, wie diese Rechte und Pflichten durchzusetzen sind. Ergebnis des Entscheidungsverfahrens ist die Sachverfügung, jenes des Vollstreckungsverfahrens die Vollstreckungsverfügung. 45) Chronologisch gesehen verläuft daher die Vollstreckung wie folgt: Sachverfügung, Zwangsandrohung, Vollstreckungsverfügung, Vollstreckung. Die Vollstreckung beinhaltet die rein technische Umsetzung der in der Sachverfügung enthaltenen Rechtsfolge. 46)

Voraussetzung für die Vollstreckbarkeit oder Erzwingbarkeit einer Verfügung ist der Eintritt der formellen Rechtskraft. 47) Die formelle Rechtskraft ist ein Begriff des funktionellen Instanzenzuges und bedeutet Unanfechtbarkeit, in dem kein Rechtsmittel gegeben ist oder in dem die möglichen Rechtsmittel nicht ergriffen wurden oder zufolge Zeitablaufs der Rechtsmittelfrist verwirkt sind. Der Entscheid ist für das betreffende Verfahren unabänderlich, unanfechtbar geworden. 48) Je nach der Regelung der aufschiebenden Wirkung von Rechtsmitteln kann die Vollstreckbarkeit des Entscheides aber auch vor Ablauf der Rechtsmittelfrist eintreten. Dies ist der Fall, wo die aufschiebende Wirkung nicht gewährt oder entzogen worden ist. 49) In Abgabesachen kann die Rechtskraft sodann auch mit der Anerkennung der Abgabepflicht und des Abgabebetrages eintreten. Nachträglich fällt die Rechtskraft dahin, wenn die Beschwerdefrist (wie nach Art. 24 VwVG) wieder hergestellt wird. 50)

1) Art. 5 VwVG.

HALTNER, 1 ff.

GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, 336 ff.

GRISEL, Droit administratif, 191 ff.

BGE 101 Ia 74.

§ 38 Abs. 1 VRPG AG; zur Unterscheidung zwischen "Verfügung" und "Entscheid" i.S. von § 38 Abs. 1 VRPG AG vergl. AGVE 1972, 339 E.2.b.

2) Art. 41 Abs. 1 lit. a und b VwVG.

3) Art. 45 VwVG.

4) Art. 30 Abs. 2 lit. b, 46 lit. b und 47 lit. b VwVG.

5) Art. 61 und 70 VwVG.

6) Art. 68 VwVG.

7) Art. 69 VwVG

8) HALTNER, 128.

9) GIACOMETTI, Allgemeine Lehre, 349.

GYGI, Verwaltungsverfahren, 97.

BGE 104 I a 74.

10) HALTNER, 21 f.

11) GIACOMETTI, Allgemeine Lehre, 348 ff.

IMBODEN/RHINOW, Nr. 35.

HALTNER, 112 ff.

12) SCHWARZENBACH, Grundriss, 105.

13) SCHWARZENBACH, Grundriss, 106.

14) GYGI, Verwaltungsverfahren, 14.

15) GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, 348.

16) IMBODEN/RHINOW, Nr. 35.

BGE 98 I b 496.

17) GYGI, Verwaltungsverfahren, 95 und zit.

BGE 97 I 543, 98 Ib 462.

GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, 477, 493.

IMBODEN/RHINOW, Nr. 35, Nr. 40.

- 18) GYGI, Verwaltungsverfahren, 25.

HALTNER, 98.

- 19) Zwar ist die Verfügung als solche zu kennzeichnen, doch hängt die Anfechtbarkeit nicht von dieser Kennzeichnung ab. Vergl. GYGI, Verwaltungsverfahren, 97 und zit. BGE 98 V 146.

- 20) GYGI, Verwaltungsverfahren, 97 und zit.

BGE 97 V 248.

- 21) FLEINER, Institutionen, 183 f.

IMBODEN/RHINOW, Nr. 35 B VI.

KOELZ, Kommentar, Noten 1 ff zu § 19.

- 22) GYGI, Verwaltungsverfahren, 97.

- 23) BOSSHART, Anfechtungsobjekte, 1 ff.

- 24) GYGI, Verwaltungsverfahren, 95 ff.

IMBODEN/RHINOW, Nr. 35 II., III., IV.

HALTNER, 119 ff, 128.

VALLENDER/DAVID, Leitsätze Nr. 1 ff zu Art. 5 VwVG.

- 25) Vergl. § 8 II.

LUDWIG, 173.

- 26) LUDWIG, 178.

FLEINER-GERSTER, 245.

GYGI, Verwaltungsverfahren, 130.

Art. 45,46 Abs. lit. e VwVG; Art. 97, 101 OG.

BGE 97 I 478/479, 97 V 248, 98 Ib 283, 98 V 220/221, 98 Ia 441 ff, 99 Ib 414, 96 I 295, 101 Ia 162.

AGVE 1971, 334 ff; 1972, 362; 1973, 267; 1977, 286.

VPB 1975, Nr. 25.

Die Frage, ob der Verwaltungsbeschwerde zu Unrecht keine aufschiebende Wirkung erteilt bzw. die aufschiebende Wirkung entzogen worden ist, kann nicht nachträglich Gegenstand eines besonderen Feststellungsentscheides im verwaltungsgerichtlichen Verfahren werden, BGE 99 Ib 134.

Eine auf die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gerichtete Beschwerde ist gegenstandslos, wenn die den Entzug dieser Wirkung anordnende Verfügung die tatsächlichen oder

rechtlichen Verhältnisse des Beschwerdeführers nicht zu seinem Nachteil verändert hat, BGE 99 Ib 218 f.

Zwischenverfügungen, die das EJPD im Rahmen der Instruktion einer Beschwerde an den Bundesrat trifft, sind endgültig und daher nicht mit Beschwerde anfechtbar, VPB 1976, Nr. 30.

27) Art. 83 BZP.

28) GYGI, Verwaltungsverfahren, 98.

HALTNER, 128.

29) GYGI, Vorsorgliche Massnahmen, 2.

30) GYGI, Verwaltungsverfahren, 113.

GYGI, Vorsorgliche Massnahmen, 3.

MEYLAN, 54.

GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, 390 f.

IMBODEN/RHINOW, Nr. 35 B V.

KOELZ, Kommentar, Note 25 zu § 25.

WOLFF/BACHOF, 381.

HALTNER, 4.

AGVE 1968, 113 ff, 1972, 355 E.2.

Anders verhält es sich nur, wenn das Gesetz bestimmt, dass dem Lauf der Rechtsmittelfrist und der Einreichung des Rechtsmittels ausdrücklich die aufschiebende Wirkung zukommt, vergl. § 13. Im Gegensatz dazu erlangt ein Urteil im Zivilprozess formelle Rechtskraft grundsätzlich nicht mit der Ausstellung oder der Eröffnung, sondern erst mit Ablauf der Frist, innerhalb welcher ein ordentliches Rechtsmittel eingelegt werden kann (anders beim letztinstanzlichen Urteil, das mit der Ausstellung formell rechtskräftig wird). Während der Rechtsmittelfrist ist das zivilprozessuale Urteil also noch nicht wirksam.

31) BGE 98 IV 80 ff.

32) Das Bundesgericht vertrat zunächst die Auffassung, dass von der begünstigenden Verfügung solange nicht Gebrauch gemacht werden dürfe, als diese noch einer Anfechtung unterliegen würden. Vergl. BGE 96 I 510 ff, 98 I b 271; IMBODEN/RHINOW, Nr. 35 B V.

Von diesem Standpunkt scheint es wieder abgerückt zu sein und empfiehlt lediglich in Fällen, in denen ein nicht wieder gutzumachender Zustand geschaffen werden könnte, z.B.

bei Rodungsbewilligungen, im Dispositiv zu bestimmen, dass von der Verfügung erst nach Ablauf der Rechtsmittelfrist Gebrauch gemacht werden dürfe. Vergl. BGE 98 I B. 496; GYGI, Vorsorgliche Massnahmen 3.

- 33) GYGI, Vorsorgliche Massnahmen, 3.
WOLFF/BACHOF, 381.
- 34) GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, 425.
GRISEL, Droit administratif, 199 f.
IMBODEN RHINOW, Nr. 35 B V, Nr. 40.
KOELZ, Kommentar, Note 55 zu § 19.
BGE 98 I a 571.
- 35) FLEINER-GERSTER, 233 ff.
GYGI, Verwaltungsverfahren, 24 f.
IMBODEN/RHINOW, Nr. 41.
BGE 93 I 664, 98 I b 249, 99 I b 340.
GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, 393.
- 36) GYGI, Verwaltungsverfahren, 25 f.
BGE 98 I b 463.
- 37) FLEINER, Institutionen, 197.
- 38) ZIMMERLIN, 42 und zit. AGVE 1975, 174 ff.
- 39) GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, 393.
GRISEL, Droit administratif, 217.
ZIMMERLIN, 42.
BGE 98 I b 495.
AGVE 1972, 175 f.
Zur Rückwirkung von Verwaltungsakten vergl. BGE 100 Ia 436.
- 40) KOELZ, Kommentar, Note 3 und 4 zu § 65.
Zum Fristenlauf bei mangelhaften Eröffnungen vergl. BGE 102 I b 91 ff.
- 41) IMBODEN/RHINOW, Nr. 84.
WOLFF/BACHOF, 395.
Das Baugesetz des Kantons Aargau sieht für einige Verwaltungsakte eine besondere Art der Eröffnung vor. Vergl.

ZIMMERLIN, 40.

BGE 101 I a 333.

42) GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, 390 ff.

WIESELER,*39.

43) KOELZ, Kommentar, Note 1 zu Vorbemerkungen zu §§ 29-31.

WOLFER, 163, Fussnote 1.

WOLFF/BACHOF, 339.

44) Vollziehung durch verwaltungsrechtliche Zwangsmittel (Vollzug im engeren Sinn). Vergl. WOLFF/BACHOF, 380.

45) Die Sachverfügung ist vollumfänglich anfechtbar, die Vollstreckungsverfügung in der Regel nicht. Vergl. § 11 V.

46) KOELZ, Kommentar, Note 1 zu § 30.

47) GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, 391 f.

FLEINER, Institutionen, 195.

KOELZ, Kommentar, Vorbemerkungen zu §§ 29-33, Note 1.

GYGI/STUCKI, Kommentar, Note 1 zu Art. 33.

VON WERRA, Note 1 zu Art. 30.

AGVE 1962, 300.

BGE 91 I 95.

Ueber den Eintritt der formellen Rechtskraft von Verfügungen enthält das VwVG selbst keine Bestimmungen. Doch lassen sich aus Art. 39 VwVG gewisse Grundsätze ableiten. Vergl. BGE 102 I b 370 E.5.

48) GYGI, Verwaltungsverfahren, 162.

49) GYGI, Verwaltungsverfahren, 163.

GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, 393.

KOELZ, Kommentar, Note 2 zu § 30.

Vergl. Art. 39 lit. b und c VwVG.

50) BGE 102 I b 370 E.5.

ZWEITES KAPITEL

DIE AUFSCHIEBENDE WIRKUNG

§ 8 Funktion der aufschiebenden Wirkung

I. Materiellrechtliche Funktion

Die aufschiebende Wirkung ist materiellrechtlich dadurch gekennzeichnet, dass die den Eintritt einer für den Adressaten nachteiligen Rechtsfolge einer Verfügung bis zur rechtskräftigen Entscheidung über deren Rechtmässigkeit verhindert. Es soll alles vermieden werden, was den Zweck des Rechtsmittelverfahrens vereiteln könnte. ¹⁾ Die aufschiebende Wirkung erhält aus rechtsstaatlichen Gründen vorläufig eine bestehende Rechtsposition des Adressaten. Andernfalls würden die Verfügungen mit ihrer Eröffnung sofort wirksam und vollstreckbar, ²⁾ mit der Folge, dass unter Umständen Tatsachen geschaffen würden, die nicht mehr oder nur mit erheblichem Aufwand wieder gutzumachen wären. Die grundsätzliche Gewährung der aufschiebenden Wirkung im Rechtsmittelverfahren erscheint daher unumgänglich und liegt sowohl im Interesse des Verfügungsempfängers wie auch im Interesse der verfügenden Behörde selbst: ³⁾ wird das Hauptbegehren gutgeheissen, so kann die vorgängige Verweigerung der aufschiebenden Wirkung zur Folge haben, dass die unterliegende Verwaltung zur Korrektur des fehlerhaften Sachentscheides entsprechend grössere Leistungen erbringen muss, während die Gewährung der aufschiebenden Wirkung den bisherigen Zustand vorläufig erhalten, Auswirkungen des angefochtenen Entscheides einstweilen verhindert hätte. ⁴⁾

II. Verfahrensrechtliche Funktion

A. Dauer der aufschiebenden Wirkung

Anordnungen über die aufschiebende Wirkung sind ihrem Wesen nach prozessleitende Verfügungen. 5) Zuständig zum Erlass ist grundsätzlich die mit der Sache befasste Behörde oder deren Vorsitzender. 6) Die Wirksamkeit des Suspensiveffekts beschränkt sich daher grundsätzlich auf die Dauer des Verfahrens vor dieser Instanz. 7) Gegenüber dem Zivilprozessrecht bringen die Verwaltungsrechtspflegegesetze aber insofern eine Besonderheit, als hier auch diejenige Behörde, deren Entscheid allenfalls angefochten wird, dem Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung zum vorneherein entziehen kann, also anstelle der (mit dem Fall noch gar nicht befassten) Beschwerdeinstanz handelt. Im übrigen gilt in verfahrensrechtlicher Hinsicht aber der genannte Grundsatz auch für das verwaltungsinterne- und verwaltungsgerichtliche Beschwerdeverfahren. Wenn eine Instanz befugt ist, der Beschwerde gegen ihren Entscheid die aufschiebende Wirkung zum voraus zu entziehen, so gilt diese Anordnung daher nur bis zu einer gegenteiligen Anordnung durch die Beschwerdeinstanz oder, falls keine solche erfolgt, bis zum Endentscheid, also für so lange, als die Beschwerdeinstanz selbst ordentlicherweise prozessleitende Verfügungen treffen kann. 8)

B. Tragweite der aufschiebenden Wirkung

Die einem Rechtsmittel zukommende aufschiebende Wirkung hemmt einzig die Wirksamkeit und Vollstreckbarkeit der angefochtenen Verfügung, ohne Einfluss auf deren materiellen Charakter zu nehmen. 9)

1) FLEINER, Institutionen, 233.

WIESELER, 31, 40.

QUARITSCH, 219 f.

BLUMENSTEIN, Suspensiveffekt, 1.

BGE 101 I a 107.

2) Vergl. § 7, IV. A.

3) MEIER, 165 und dortige Hinweise.

Wo das Gesetz die aufschiebende Wirkung generell ausschliesst, beruht dies auf der Befürchtung, dass mit der aufschiebenden Wirkung zum Zweck der Zeitgewinnung Missbrauch getrieben werden könnte. Diese Befürchtung ist insoweit unbegründet, als die aufschiebende Wirkung in einem solchen Fall in der Regel auch wieder entzogen werden kann. Vergl. KIRCHHOFFER, Verwaltungsrechtspflege, 63.

4) BGE 99 Ib 134.

5) Vergl. § 7 III. B. 2.

GYGI, Verwaltungsverfahren, 98, 130.

GYGI Vorsorgliche Massnahmen, 11, 13.

Art. 45 Abs. 1 VwVG.

BGE 102 Ib 226.

6) GULDENER, 190.

Vergl. § 5 und § 6.

7) GYGI, Vorsorgliche Massnahmen, 11.

Vergl. aber auch § 4 II. E. Fussnote 1, Seite 42.

8) Vorsorglich an Stelle einer Beschwerdeinstanz kann die verfügende Behörde daher nicht handeln, AGVE 1977, 287.

9) BIRCHMEIER, 404/405.

BGE 101 I a 109 E.3.

Der Entzug der aufschiebenden Wirkung gegenüber den belastenden Gestaltungsverfügungen lässt regelmässig eine vorzeitige Zustandsänderung für den Betroffenen eintreten, ohne dass die verfügungsweise angeordnete Massnahme im Hinblick auf das eingelegte Rechtsmittel bereits materiell rechtskräftig geworden wäre, BGE 98 V 222 E.4.

Vergl. § 9 I.

§ 9 Inhalt der aufschiebenden Wirkung

I. Die aufschiebende Wirkung als Wirksamkeitshemmung

Aus der Umschreibung der materiellrechtlichen Funktion der aufschiebenden Wirkung und dem Umstand, dass Verfügungen bereits mit ihrer Eröffnung wirksam werden, scheint ohne weiteres gefolgert werden zu können, dass der Suspensiveffekt nur dann einen umfassenden und wirksamen vorläufigen Rechtsschutz zu gewährleisten vermag, wenn bereits die Wirksamkeit der angefochtenen Verfügung aufgehoben oder die Wirksamkeit zusammen mit der Vollziehbarkeit verhindert wird. Durch die aufschiebende Wirkung muss die Wirksamkeit der Verfügung ex tunc, d.h. mit der Eröffnung, eingestellt werden, sogenannte Wirksamkeitstheorie. 1)

II. Die aufschiebende Wirkung als Vollzugshemmung

Nach einer anderen Meinung besteht die inhaltliche Gestaltung der aufschiebenden Wirkung dagegen in der Hemmung der Vollziehbarkeit der angefochtenen Verfügung, sogenannte Vollziehbarkeitstheorie. 2) Diese verschiedenen Auffassungen über den Inhalt der aufschiebenden Wirkung haben insbesondere in der deutschen Lehre und Rechtssprechung eine lebhafte Auseinandersetzung entfacht. 3) Die Ursache für diese Meinungsverschiedenheit liegt darin, dass man lange Zeit die Auffassung vertrat, es seien nur diejenigen Verfügungen einer aufschiebenden Wirkung zugänglich, welche der Vollstreckung durch verwaltungsrechtliche Zwangsmittel (Vollzug im engeren Sinn 4)) unterliegen. An dieser Voraussetzung fehlt es aber bei den gestaltenden und feststellenden Verwaltungsakten per definitionem, 5) weshalb das gegen solche Verfügungen eingelegte Rechtsmittel bei dieser Betrachtungsweise keine suspensive Wirkung entfalten kann. Um den durch die aufschiebende Wirkung gewährleisteten vorläufigen Rechtsschutz auch auf diese Verfügungen ausdehnen

zu können, boten sich zwei Lösungen an: Entweder war der Begriff der Vollziehung soweit zu fassen, dass darunter jede Handlung verstanden wird, die der Herstellung oder der Aufrechterhaltung der Rechtsfolgen eines Verwaltungsaktes im Bereich des Tatsächlichen dient, ⁶⁾ oder es musste zugestanden werden, dass die aufschiebende Wirkung eben bereits die Wirksamkeit einer Verfügung beschlägt. ⁷⁾

III. Praktische Auswirkungen des Meinungsstreites ⁸⁾

Angesichts ihrer praktischen Bedeutung für den vorläufigen Rechtsschutz sollen die für bzw. gegen diese beiden Theorien sprechenden Auswirkungen auf die verschiedenen Arten von Verwaltungsakten kurz dargestellt werden.

A. Bezüglich gebietenden und verbietenden Verwaltungsakten

Die ge- und verbietenden Verfügungen gehören zu denjenigen Verwaltungsakten, die eines Vollzuges im weiteren oder engeren Sinn bedürfen, um wirksam zu werden. Erst der damit ausgelöste Beginn der Verwirklichung greift in die Rechtsposition des Adressaten ein. Für die Effektivität des vorläufigen Rechtsschutzes ist es daher in diesen Fällen ohne Belang, ob mit der Anfechtung die Wirksamkeit oder die Vollziehbarkeit des Verwaltungsaktes oder beides gleichzeitig gehemmt wird.

B. Bezüglich gestaltenden und feststellenden Verwaltungsakten

Von praktischer Bedeutung für den Adressaten ist der Inhalt der aufschiebenden Wirkung bei gestaltenden und feststellenden Verwaltungsakten, da hier die (beeinträchtigenden) Rechtsfolgen bereits mit der Eröffnung der Verfügung eintreten. Entlässt die Behörde einen Beamten zu Recht, so verliert er mit Zustellung der Entlassungsverfügung seinen beamtenrechtlichen Status. Kommt dem dagegen eingelegten Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung zu und hemmt diese die Wirksamkeit dieser Verfügung, so

besteht das Dienstverhältnis vorläufig weiter. Da der Suspensiveffekt mit Wirkung ex tunc eintritt, hat sich am Beamtenstatus nichts geändert. Die Wirksamkeitshemmung beseitigt den Rechtsnachteil des Verlustes des Beamtenstatus und damit die Grundlage für alle sich daraus ergebenden Folgerungen. Für den Rechtsmittelführer hat dies den Vorteil, dass er den Fortbestand des Dienstverhältnisses bis zur rechtskräftigen Erledigung des Rechtsmittelverfahrens erreicht. Dies hat zur Folge, dass der Beamte z.B. sein Gehalt mit Rechtsgrund erhält. Hemmt der Suspensiveffekt dagegen die Verwirklichung, so erhält der Beamte sein Gehalt zwar vorläufig weiter, in diesem Fall aber ohne Rechtsgrund. 9) Zum gleichen Ergebnis führen die im Zusammenhang mit einem Führerausweisentzug angestellten Ueberlegungen. Beschlägt die aufschiebende Wirkung die Wirksamkeit der angefochtenen Entzugsverfügung, so kann vorläufig vom unverändert gültigen Führerausweis ohne weiteres Gebrauch gemacht werden. Hemmt der Suspensiveffekt lediglich die Vollziehung der angefochtenen Entzugsverfügung und wird das Rechtsmittel in der Folge abgewiesen, so wurde das Fahrzeug im Zeitraum zwischen der Eröffnung der Verfügung und der Zustellung des Rechtsmittelsentscheides ohne gültige Bewilligung geführt.

IV. Zusammenfassung

Aus dem unterschiedlichen Eintritt der materiellen Rechtswirkungen der verschiedenen Verfügungsarten ergibt sich in Bezug auf die aufschiebende Wirkung die Konsequenz, dass diese bereits die unmittelbare Wirksamkeit der angefochtenen Verfügung zu beschlagen hat und nicht erst deren Vollzug. Da die Hemmung der Wirksamkeit dem anfechtenden Adressaten einen umfassenderen vorläufigen Rechtsschutz gewährt, ist dieser an der Ausgestaltung des Suspensiveffekts als Wirksamkeitshemmung interessiert. 10)

- 1) FLEINER, Institutionen, 233.

GYGI, Verwaltungsverfahren, 129.

MEYLAN, 94.

ULE, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 80, Anmerkung I 1 a.

ULE, Prozessrecht, § 66, Anmerkung I. 1.

EYERMANN- FROEHLER, § 80, Randnoten 4 und 7.

HAERING, 58.

GYGI/STUCKI, Note 1 zu Art. 33.

GRISEL, Droit administratif, 273.

- 2) QUARITSCH, 225 ff.

WOLFF, § 15 IV. d. 3.

KOELZ, Kommentar, Note 25 zu § 25.

WIESELER, 59, 79 ff.

- 3) WIESELER, 77 ff.

MEYLAN, 53 ff.

- 4) Vergl. § 5. B.

- 5) Vergl. § 5. B.

- 6) WIESELER, 39.

- 7) MEYLAN, 53.

Von der gleichen Ueberlegung ausgehend, wird in der deutschen Lehre und Rechtssprechung noch zwischen zwei weiteren Meinungen differenziert. So wird gesagt, bei vollzugsfähigen Verwaltungsakten beinhalte der Suspensiveffekt eine Vollzugs-, bei vollzugsunfähigen dagegen eine Wirksamkeitshemmung. Schliesslich wird behauptet, bei vollzugsfähigen Verwaltungsakten werde zusammen mit der Wirksamkeit auch die Vollziehbarkeit des Verwaltungsaktes gehemmt, während sich bei rechtsgestaltenden und feststellenden Verwaltungsakten der Suspensiveffekt allein in der Hemmung der Wirksamkeit erschöpfe. Vergl. WIESELER, 78.

- 8) WIESELER, 81.

- 9) WIESELER, 82.

MEYLAN, 54.

Dass der Begriff der Vollstreckungshemmung zu eng ist, zeigt sich auch am Beispiel der Baubewilligung, die nicht vollzo-

gen oder vollstreckt werden kann, sondern mit ihrer Eröffnung rechtswirksam wird, WOLFER, 163, MEYLAN, 54.

- 10) Weitere Begründungen für dieses Postulat und die Konsequenz für eine davon abweichende Regelung werden auch aus der nachfolgend über den Beginn der aufschiebenden Wirkung gemachten Ausführungen ersichtlich. Vergl. § 13.

§ 10 Umfang der Wirksamkeitshemmung

I. Die Hemmung betrifft grundsätzlich die gesamten Rechtsfolgen der angefochtenen Verfügung

A. Aufschub der unmittelbaren Rechtsfolgen

Durch die aufschiebende Wirkung werden alle in der Verfügungsformel enthaltenen materiellen Rechtsfolgen gehemmt, welche der angefochtene Entscheid seiner Bestimmung nach hätte entfalten sollen. Der Aufschub betrifft die gesamten Wirkungen der Verfügung oder Entscheidung, vollstreckungsfähige wie nicht-vollstreckungsbedürftige Anordnungen. Die Verfügung ist als einstweilen unverbindlich zu betrachten.¹⁾ Die verschiedenen Bestimmungen einer Verfügung bilden in der Regel ein Ganzes, aus dem nicht Teile herausgelöst werden können, ohne dass der Sachzusammenhang zerstört wird. Die einheitliche Behandlung der Verwaltungsakte drängt sich noch mehr aus Gründen der Praktikabilität und Rechtssicherheit auf. Wollte man annehmen, die aufschiebende Wirkung trete nur für jene Punkte ein, die ausdrücklich angefochten sind, so liesse sich häufig gar nicht feststellen, was rechtswirksam oder rechtskräftig und damit vollziehbar geworden ist und was noch ins Rechtsmittelverfahren gehört. Die Beschwerden sind nämlich oftmals ungenau formuliert oder betreffen gewisse Teile der Verfügung nur mittelbar, so dass erst durch Auslegung die Bedeutung des Rechtsmittelbegehrens erschlossen werden muss. So könnte es leicht geschehen, dass die Behörden das Ausmass der Anfechtung anders beurteilen als der Rechtsmittelführer. Dies könnte Anlass zu unnötigem Streit sein und dem Privaten den Rechtsschutz verkürzen, wenn sich nachher herausstellen würde, dass die Vollstreckungsbehörden den Umfang des Suspensiveffektes zu eng angenommen haben. Auch wüssten Dritte, die den Wortlaut des Rechtsmittelbegehrens oft nicht kennen, nicht, was Rechtens ist. Das Rechtsmittelverfahren würde damit zu einem erheblichen Unsicherheits-

faktor. 2)

1. Bei begünstigenden und belastenden Verfügungen

Ein Rechtsmittel mit Suspensiveffekt verhindert daher, dass von einer begünstigenden Verfügung (z.B. Rodungsbewilligung) Gebrauch gemacht werden kann oder dass eine belastende Verfügung (z.B. Entlassung eines Beamten) vollzogen wird. ³⁾ Die Rodungsbewilligung gilt also als nicht erteilt, der Beamte gilt als nicht entlassen. ⁴⁾

2. Bei feststellenden Verfügungen

Hier bedeutet die aufschiebende Wirkung, dass die in der Verfügung getroffenen Feststellungen zunächst nicht als verbindlich zu behandeln sind. Wird z.B. festgestellt, dass ein Unternehmen der Bankenaufsicht unterliegt, so folgt aus der aufschiebenden Wirkung, dass diese Feststellung bis auf weiteres nicht verbindlich ist.

3. Bei ablehnenden Verfügungen

Insbesondere hat die aufschiebende Wirkung im Falle einer ablehnenden Verfügung nicht zur Folge, dass das negativ entschiedene Gesuchsbegehren vorläufig als gutgeheissen betrachtet wird. Das Rechtsmittel bewirkt also nicht, dass es so gehalten werden könnte, wie wenn eine dem Begehren des Antragstellers entsprechende Verfügung ergangen wäre. ⁵⁾ In solchen Fällen vermögen allenfalls nur vorsorgliche Massnahmen weiter zu helfen. ⁶⁾

4. Bei angemassten Rechtspositionen

Gleich wie bei den ablehnenden Verfügungen verhält es sich in den Fällen von sogenannten angemassten Rechtspositionen. Hier wird eine Verfügung getroffen, welche auf Behebung eines von den Behörden als widerrechtlich erachteten Zustandes abzielt. Wird ein Recht in Missachtung einer Bewilligungspflicht eigen-

mächtig ausgeübt (z.B. Baubeginn vor rechtskräftiger Erteilung einer Baubewilligung, Betriebseröffnung ohne erforderliche Betriebsbewilligung), so kommt dem Rechtsmittel keine aufschiebende Wirkung zu, welches gegen eine Einstellungs- bzw. Schließungsverfügung erhoben wurde. Der Rechtsmittelführer befindet sich in keiner anderen Lage als ein Gesuchsteller, der bei ordnungsgemäsem Vorgehen die Anlage bis zur rechtskräftigen Gutheissung seiner Bewilligungsgesuche weder hätte bauen noch betreiben dürfen. Eine bessere Behandlung als ein korrekt vorgehender Bewerber kann der Rechtsmittelführer nicht beanspruchen. 7)

B. Aufschub der mittelbaren Rechtsfolgen

Die aufschiebende Wirkung verbietet es den Behörden darüber hinaus ganz allgemein, während der Dauer des Suspensiveffektes an die angefochtene Verfügung oder Entscheidung irgendwelche Folgemassnahmen zu knüpfen, welche den angefochtenen Akt irgendwie in die Wirklichkeit umsetzen sollten. Weder darf die Auszahlung der Besoldung an den Beamten eingestellt werden, noch darf ihm sein Beamtenstatus entzogen oder seine Dienstwohnung weggenommen werden. Der Ausländer, dem die Verlängerung der Aufenthaltsbewilligung verweigert wurde, darf vorläufig nicht ausgewiesen werden. 8)

C. Zusammenfassung

Die aufschiebende Wirkung bedeutet also das Verbot der Verwirklichung der im Verwaltungsakt ausgesprochenen Rechtsfolgen samt der sich aus ihr ergebenden weiteren Rechtsfolgen (Nebenfolgen) durch besondere Massnahmen. 9)

II. Die Hemmung betrifft ausnahmsweise nur bestimmte Wirkungen der angefochtenen Verfügung

Wie dargestellt, erstreckt sich die aufschiebende Wirkung grundsätzlich auf die gesamte Verfügung, ohne Rücksicht darauf, ob diese vollumfänglich oder nur hinsichtlich einzelner Nebenpunkte angefochten ist. Indessen lässt sich nicht übersehen, dass dieser Grundsatz zu einem leeren Formalismus werden kann, wenn nämlich das Interesse gar nicht besteht, um dessentwillen der Aufschub der Wirksamkeit und der Vollstreckung vorgesehen ist. Dies trifft zu, wo lediglich ein Nebenpunkt angefochten ist und der Ausgang des Streites darüber die Hauptsache in keiner Weise zu berühren vermag. Dem Gebot der Verhältnismässigkeit folgend muss hier der unangefochtene Teil der Verfügung seine Rechtswirksamkeit entfalten können.¹⁰⁾ Anders ist nur zu verfahren, wenn namhafte Zweifel bestehen, ob nicht doch ein sachlicher Zusammenhang zwischen den verschiedenen Bestimmungen einer Verfügung bejaht werden muss. Hier darf die Verfügung als ganzes keinerlei Rechtswirkungen entfalten, da sonst der materielle Entscheid eben nicht mehr sichergestellt ist. Darüber hinaus sind aber auch die Interessen der Öffentlichkeit und die Interessen allfälliger privater Prozessbeteiligter (z.B. Nachbar in einem Baubewilligungsverfahren) soweit zu berücksichtigen, dass keine nicht wieder gutzumachenden Nachteile für sie entstehen können. Es ist also zu untersuchen, welche Folgen sich für die Öffentlichkeit und für die betroffenen Privaten ergäben, wenn von der Bewilligung Gebrauch gemacht würde und der Prozess im Nachhinein zugunsten der Öffentlichkeit oder solcher Privater ausgeht. Diesem Anliegen ist das Interesse des Gesuchstellers an der sofortigen Wirksamkeit der Bewilligung (z.B. an unmittelbarem Baubeginn) gegenüberzustellen.¹¹⁾

A. Anfechtung von Auflagen

Die praktische Bedeutung dieser Regelung zeigt sich insbesondere dort, wo eine beantragte Begünstigung unter gleichzeitiger Anordnung von belastenden Auflagen gewährt wurde, und sich das Rechtsmittel ausschliesslich gegen diese belastende Nebenbe-

stimmungen richtet. Statt eine negative Verfügung zu treffen, statt insbesondere eine nachgesuchte Bewilligung zu verweigern, kann eine mit Auflagen versehene positive Verfügung ergehen. ¹²⁾ Solche Auflagen auferlegen dem Adressaten der Verfügung die Pflicht zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen. Sie sind das geeignete Hilfsmittel zur Anpassung des Inhaltes der Verfügung an die besonderen Verhältnisse. ¹³⁾ Die Auflagen sind keine Voraussetzungen für den Bestand der Verfügung. Die Verfügung bleibt in Kraft, selbst wenn die Auflagen nicht erfüllt werden. ¹⁴⁾ Hingegen stellen sie eine Verpflichtung an den Adressaten dar, welche notwendigenfalls erzwungen werden kann. ¹⁵⁾ Ohne dass dadurch der begünstigende Teil der Verfügung berührt wird, sind in diesem Sinne beispielsweise folgende Auflagen als selbständig anfechtbar beurteilt worden: ¹⁶⁾

- Eine vom Gemeinderat erteilte Bewilligung zur Kiesausbeutung enthielt unter anderem die Auflage, dass dem Staat sämtliche Kosten aus den Beschädigungen des Strassennetzes zu ersetzen seien, die nachweisbar auf die Kiestransporte zurückzuführen sind. Im Zusammenhang mit der Rechtsmittelbelehrung verfügt der Gemeinderat zudem, dass mit der Kiesausbeutung nicht begonnen werden dürfe, sofern gegen die Bewilligung eine Beschwerde eingereicht werde. Nachdem der Regierungsrat das Gesuch um Aufhebung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde abgewiesen hatte, entschied das Verwaltungsgericht gegenteilig, da nach seiner Auffassung kein schutzwürdiges Interesse daran bestand, dass die Frage der Ersatzpflicht für Strassenbeschädigungen vor Beginn der Kiesgewinnung abgeklärt werde. Dies könne ebensogut nachher geschehen, würden doch die finanziellen Verhältnisse des Beschwerdeführers durch die Kiesausbeutung eher verbessert als verschlechtert. Von der Bewilligung konnte daher nach dem Entscheid des Verwaltungsgerichtes sofort Gebrauch gemacht werden. ¹⁷⁾
- Im Falle einer weiteren Bewilligung betreffend Kiesausbeutung war die Kiesausbeutung an sich ebenfalls unbestritten. Mit-

tels einer gegen die Verfügung gerichteten Beschwerde wurde beim Verwaltungsgericht indessen die Kostenfolge eines vorgängigen Beschwerdeentscheides des Regierungsrates in der gleichen Sache angefochten. Auf das Gesuch des Bewilligungsempfängers hin entzog das Verwaltungsgericht darauf der Verwaltungsgerichtsbeschwerde die aufschiebende Wirkung, da zwischen dem Kostenentscheid und der unbestrittenen Kiesgewinnung kein Sachzusammenhang bestand. 18)

- Die Bewilligung des Regierungsrates zum Neubau eines Kraftwerkes wurde mit der Auflage verbunden, einen Fischpass den neuen Gegebenheiten anzupassen. Ein Fischereiberechtigter zog den Entscheid, mit welchem der Regierungsrat eine Einsprache gegen das Bauvorhaben abgewiesen hatte, mittels Verwaltungsgerichtsbeschwerde weiter. Auf Begehren des Bewilligungsempfängers hin entzog das Verwaltungsgericht dem Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung, da die Bauarbeiten längere Zeit fortgesetzt werden konnten, ohne dass dadurch die Begehren des Beschwerdeführers auf zusätzliche Massnahmen zum Schutz der Fischerei in irgendeiner Weise präjudiziert worden wären. 19)
- Die vom Gemeinderat erteilte Baubewilligung enthielt unter anderem die Auflage, dass ein Fenster im Abstellraum des Kellergeschosses eine Fläche von höchstens 0,5 m² aufweisen dürfe. Die Bewilligungsempfängerin erhob darauf beim Baudepartement Beschwerde, mit den Anträgen, es sei die Baubewilligung bezüglich der Fenstergrösse aufzuheben und es sei im Sinn eines Zwischenentscheides der Beschwerde sofort die aufschiebende Wirkung zu entziehen und die Beschwerdeführerin für berechtigt zu erklären, das geplante Gebäude mit einem grösseren Fenster zu erstellen. Vor dem Entscheid des Verwaltungsgerichtes erklärte sich die Beschwerdeführerin bereit, die Auflage in der Baubewilligung anzunehmen und das Fenster in der geforderten Grösse zu gestalten. Das Verwaltungsgericht hatte daher materiell nicht mehr zu entscheiden. In seinen

Erwägungen hielt es hingegen fest, dass die Grösse des Fensters massgeblichen Einfluss auf die Wohnhygiene und die Grösse des Baukubus (Geschosszahl und Ausnützungsziffer) hatte. Da die Fenstergrösse für den Gesundheitsschutz von Bedeutung ist, wäre es in diesem Fall darum gegangen, zu verhindern, dass die Vorschriften über die Wohnhygiene, die Geschosszahl und der Ausnützungsziffer durch eine vorsorgliche Massnahme (Entzug der aufschiebenden Wirkung) undurchsetzbar geworden wären. Die aufschiebende Wirkung wäre der Beschwerde in diesem Fall deshalb kaum entzogen worden. 20)

B. Anfechtung von Bedingungen

Auch die Bedingung kann Gegenstand einer Nebenbestimmung in einer Verfügung sein. Im Gegensatz zur Auflage ist die Bedingung Voraussetzung für den Bestand der Verfügung. 21) Die Rechtswirkung einer bedingt erlassenen (belastenden oder begünstigenden) Verfügung hängen vom ungewissen Eintritt eines bestimmten Ereignisses ab und zwar suspensiv, wenn der Beginn der Wirksamkeit aufgeschoben wird, oder resolutiv, wenn das Ende der Wirksamkeit mit Eintritt des Ereignisses herbeigeführt wird. Die Bedingung kann nicht rechtlich durchgesetzt werden. 22) Da sie kein selbständiger, sondern integrierender Bestandteil der Verfügung ist, kann sie auch nicht selbständig angefochten werden. Der Adressat kann die Bedingung daher nur zusammen mit der Verfügung anfechten, zu welcher sie ergangen ist. Die Verfügung teilt das rechtliche Schicksal dieser Nebenbestimmung, weshalb der Verwaltungsakt in seiner Gesamtheit den Streitgegenstand bildet. 23)

1) BIRCHMEIER, OG, 194.

MEYLAN, 53 ff.

GYGI, Verwaltungsverfahren, 129.

HAERING, 55.

GYGI/STUCKI, Kommentar, Note 1 zu Art. 33.

EYERMANN-FROEHLER, Note 2 zu § 80.

2) AGVE 1973, 269.

3) VON WERRA, Kommentar, Note 1 zu Art. 30.

GYGI, Vorsorgliche Massnahmen, 3 und zit. BGE 96 I 510 ff, 98 I b 271, 98 I b 496.

4) EYERMANN-FROEHLER, Note 4 zu § 80.

5) GYGI, Vorsorgliche Massnahmen, 4, 10.

GRISEL, Droit administratif, 482.

MEYLAN, 55.

GYGI, Verwaltungsverfahren, 129.

IMBODEN/RHINOW, Nr. 46.

Der von Gesetzes wegen mit der Beschwerde verbundene Suspensiveffekt zeitigt verschiedene Resultate, je nachdem, ob in der Beschwerde der Bestand einer Bewilligungspflicht bestritten oder die Erteilung einer verweigerten Bewilligung verlangt wird. Sucht ein Privater um eine Bewilligung nach, die dann verweigert wird, so hat der mit der Beschwerde gegen den verweigernden Entscheid verbundene Suspensiveffekt keine Bedeutung. Die Baubewilligung z.B. ist ihrer rechtlichen Struktur nach ein Polizeiverbot mit Erlaubnisvorbehalt. Solange die Erlaubnis (Bewilligung) nicht erteilt ist, bleibt die betreffende Tätigkeit verboten. Die aufschiebende Wirkung der Beschwerde bedeutet nicht, dass die Bewilligungspflicht für die Dauer des Bewilligungsverfahrens wegfällt. Solange die Bewilligung nicht erteilt ist, bleibt das bewilligungspflichtige Verhalten verboten. Sonst könnte ja der Private durch blosser Beschwerdeerhebung jedes Gesetz, das eine Bewilligungspflicht aufstellt, mindestens vorübergehend ausser Kraft setzen.

Bestreitet der Private jedoch, dass überhaupt ein Erlaubnisvorbehalt besteht, und beginnt er also ohne Bewilligung eine bestimmte Tätigkeit, so besitzt die Beschwerde gegen einen Entscheid, der den Bestand eines Polizeiverbotes feststellt, in dem Sinne aufschiebende Wirkung, dass die strittige Tätigkeit solange frei vorgenommen werden kann, als deren Verbot nicht rechtskräftig festgestellt ist. Dieser feststellende Entscheid ist eine sogenannte positive Verfügung.

Aus der dargestellten Differenzierung ergibt sich, dass das Resultat des Suspensiveffektes davon abhängt, ob der Private den Bewilligungsvorbehalt anerkennt und um eine Bewilligung nachsucht oder die Bewilligungspflicht als solche bestritten. Das könnte dazu führen, dass in einem bestimmten Fall der Bewilligungsvorbehalt nur bestritten wird, um den Suspensiveffekt zu erreichen. Ueberhaupt ist es an sich stossend, wenn eine ohne Bewilligung verbotene Handlung vorgenommen werden darf, nur weil der Bestand des Bewilligungsvorbehaltes noch umstritten ist. Es wird daher häufig richtig sein, in solchen Fällen der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu entziehen, sei es durch Anordnung der verfügenden Behörde selbst, sei es durch Anordnung der Beschwerdeinstanz. Vergl. AGVE 1972, 363 ff.

Als ablehnende Verfügung wird auch der Entscheid über die Nichtbeförderung eines Schülers in die nächste Klasse betrachtet. Die Beschwerde gegen einen solchen Entscheid hat daher nicht zur Folge, dass der Schüler für die Dauer des Beschwerdeverfahrens in die nächste Klasse versetzt wird. Dazu bedarf es vielmehr einer entsprechenden vorläufigen Anordnung der Beschwerdeinstanz.

- 6) Vergl. § 18 V.
- 7) GYGI, Vorsorgliche Massnahmen, 10.
Entscheid des Verwaltungsgerichtes des Kantons Zürich vom 4.5.76, in: SJZ 1978, Heft 19, 297.
EYERMANN-FROEHLER, Note 12 zu § 80.
- 8) WOLFF/BACHOF, Note 31, 409.
FINKELNBURG, Note 208.
- 9) WOLFF/BACHOF, Note 3, 405.
- 10) KOELZ, Kommentar, Note 23 zu § 25.
WIESELER, 223.
AGVE 1973, 268 ff.
Andere Meinung dagegen: EYERMANN-FROEHLER, Note 10 zu § 80.
- 11) Entscheid des Verwaltungsgerichtes des Kantons Aargau vom 8.4.76, III. 26.
- 12) IMBODEN/RHINOW, Nr. 39. B. I.
- 13) GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, 365 ff.
- 14) FLEINER-GERSTER, 163.

- 15) IMBODEN/RHINOW, Nr. 35 B. II.
- 16) Vergl. auch WIESELER, 223.
- 17) AGVE 1973, 268 ff.
- 18) Entscheid des Verwaltungsgerichtes des Kantons Aargau vom 7.4.78, III. 26.
- 19) Entscheid des Verwaltungsgerichtes des Kantons Aargau vom 10.6.77, III. 32.
- 20) Entscheid des Verwaltungsgerichtes des Kantons Aargau vom 8.4.76, III. 26.
- 21) FLEINER-GERSTER, 163.
- 22) IMBODEN/RHINOW, Nr. 39. B. II. zit. BGE 92 I 200.
- 23) WIESELER, 227 ff.

§ 11 Anwendungsbereich der aufschiebenden Wirkung

I. Im allgemeinen

Wenn die aufschiebende Wirkung dazu dienen soll, eine bestehende Rechtsposition des Adressaten vorläufig zu erhalten, so muss ihre Anwendung immer dann zulässig sein, wenn es gilt, die Rechtsposition vor nachteiligen Wirkungen zu schützen. Aus dem konservierenden Charakter des Suspensiveffekts folgt, dass die aufschiebende Wirkung des Rechtsmittels nur in Fällen der Eingriffsverwaltung in Betracht kommt. ¹⁾ Sie ist nicht dazu geeignet, vorläufig eine erweiterte Rechtsposition einzuräumen. Ihr Anwendungsbereich bestimmt sich nicht nach der Art der angefochtenen Verfügung, sondern er hängt vielmehr von der Wirkung der verfügten Rechtsfolge auf den Adressaten ab. Entscheidend ist also allein, ob die verfügte Rechtsfolge beeinträchtigend in die Rechtsposition des Adressaten eingreift und ob ein Rechtsschutzbedürfnis dafür besteht, vollendete nachteilige Tatsachen vor dem endgültigen Entscheid über die Recht- und Zweckmässigkeit der Verfügung zu verhindern. Es soll einstweilen bei dem Zustand bleiben, der vor dem Erlass des Verwaltungsaktes bestand. ²⁾

II. Beschränkung des Anwendungsbereiches auf Rechtsmittel gegen belastende Verwaltungsakte

Die Anwendung der aufschiebenden Wirkung beschränkt sich daher auf Rechtsmittel, die sich gegen belastende Verfügungen richten. ³⁾ Keinen Rechtsschutz vermag sie hingegen bei ablehnenden oder negativen Verwaltungsakten zu gewähren. ⁴⁾

Einigen Arten von belastenden Verwaltungsakten kommt im täglichen Leben besondere Bedeutung zu. Mit Rücksicht auf diese praktischen Auswirkungen soll daher im folgenden der Anwendungsbereich der aufschiebenden Wirkung im Zusammenhang mit einigen bestimmten belastenden Verwaltungsakten im speziellen darge-

stellt werden.

III. Bei Verfügungen mit Drittwirkung

A. Begriff

Die Verfügung mit Drittwirkung ist dadurch gekennzeichnet, dass sie einerseits den Verfügungsadressaten begünstigt und andererseits Dritte gleichzeitig belastet. Hauptfälle stellen die Rechtsbeeinträchtigung des Nachbarn und des Konkurrenten dar. 5)

B. Rechtsmittelmöglichkeiten des belasteten Dritten

Ordentliche Rechtsmittel des belasteten Dritten gegen andere Verfügungsadressaten begünstigende Verfügungen sind zulässig, wenn wirtschaftliche oder anders geartete Auswirkungen der begünstigenden Verfügung auf diesen Dritten genügend intensiv sind, um den Dritten mehr als jedermann zu betreffen. 6) Die Rechtsmittellegitimation des Dritten ist rein prozessualer Natur. 7) Sein Rechtsschutzbedürfnis beurteilt sich nicht danach, ob ihm vom materiellen Recht her geschützte, schutzwürdige oder berechnete Interessen zur Seite stehen. Es ist vielmehr dann gegeben, wenn er durch die Verfügung in höherem Masse als jeder beliebige Dritte, "als irgendjemand oder die Allgemeinheit" (keine Popularklage) berührt wird und ihm deshalb eingeräumt werden muss, die Rechtmässigkeit der Verfügung überprüfen zu lassen. 8)

C. Wirkung von Drittbeschwerden

Legt der legitimierte Dritte ein Rechtsmittel gegen eine solche Verfügung ein und hat dieses aufschiebende Wirkung, so darf von der begünstigenden Verfügung vorerst kein Gebrauch gemacht werden. 9) Da in diesen Fällen überwiegend private Interessen einander gegenüberstehen, kann es sich rechtfertigen, bei der Gewährung oder der Verweigerung der aufschiebenden Wirkung aus-

nahmsweise den voraussichtlichen Prozessausgang zu berücksichtigen. ¹⁰⁾ Ferner darf auch mit in Betracht gezogen werden, welchen Schaden die eine oder andere Partei erleiden würde, wenn in Anschauung der endgültigen Entscheidung in der Sache die Handhabung der aufschiebenden Wirkung sich nachträglich als unrichtig erwiese. ¹¹⁾ Ein Entzug der aufschiebenden Wirkung zum voraus ist alsdann bei offensichtlich fehlender Legitimation des Dritten am Platz. ¹²⁾

Die Rechtsmittelfrist beginnt auch für den Dritten mit der ordnungsgemässen Eröffnung der Verfügung zu laufen. Erfolgt die Eröffnung an ihn nicht gleichzeitig wie an den eigentlichen Adressaten oder erfolgt sie mangelhaft, so ist eine Anfechtung durch den Dritten noch möglich, wenn die Verfügung für den Adressaten selbst bereits in formelle Rechtskraft erwachsen ist. Solange der Dritte die Existenz der Verfügung aus eigenem Unverschulden nicht kennt, ¹³⁾ läuft für ihn die Rechtsmittelfrist nicht; die übrigen am Verfahren Beteiligten können daher gegenüber einer nachträglichen zulässigen Anfechtung der Verfügung nicht den Einwand erheben, diese sei für sie in formelle Rechtskraft erwachsen, weshalb sie davon Gebrauch machen durften. ¹⁴⁾ Andererseits muss es dem Bewilligungsempfänger gestattet sein, von einer Verfügung Gebrauch machen zu können, wenn diese für ihn wirksam geworden ist. Mit Rücksicht auf die Möglichkeit einer späteren Drittanfechtung tut er dies aber auf eigenes Risiko hin. Unterliegt er in einem späteren Anfechtungsverfahren durch einen Dritten, so hat er damit zu rechnen, den früheren Zustand wieder herstellen zu müssen. ¹⁵⁾ Gegen diese Folge ist er nur dann geschützt, wenn sich sein Handeln gutgläubig auf eine scheinbar rechtskräftige Verfügung gestützt hat. ¹⁶⁾

IV. Bei Vollstreckungsverfügungen

A. Rechtsschutzbedürfnis

Grundsätzlich kann auch im Verwaltungsverfahren- und im Verwal-

tungsprozessrecht zwischen Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren unterschieden werden. 17) Es stellt sich aber die Frage, ob man Verfügungen im Vollstreckungsverfahren denjenigen im Erkenntnisverfahren hinsichtlich der Anfechtbarkeit vorbehaltlos gleichsetzen kann. Wäre dies der Fall, so könnte sich der Vollstreckungsschuldner auch im Vollstreckungsverfahren aller mit aufschiebender Wirkung versehener Rechtsmittel bedienen, die ihm bereits gegen die Sachverfügung zur Verfügung gestanden sind. Die Folge wäre ein übersteigerter Rechtsschutz, der einer Rechtsverweigerung gegenüber der Verwaltung als Inhaberin des zu vollstreckenden Anspruches gleichkommt. 18) Andererseits ist nicht zu übersehen, dass dem Pflichtigen, welchem mittels Sachverfügung ein bestimmtes Tun, Dulden oder Unterlassen auferlegt wird und der diese Anordnung vollstreckbar werden lässt, nicht unterstellt werden kann, er sei mit jeglicher Massnahme der Vollstreckung a priori einverstanden. Bringt die Durchsetzung der Sachverfügung im Vollstreckungsverfahren eine zusätzliche Beschwerde mit sich, so müssen dem Pflichtigen auch dagegen weitere, mit aufschiebender Wirkung versehene Rechtsmittel zur Verfügung stehen. 19) Ein solches Rechtsschutzbedürfnis wird jedoch nur dort vermutet, wo die Vollstreckungsverfügung mit der Sachverfügung nicht übereinstimmt. Da nun aber der Erlass von Sanktionen im weiten Mass ins Ermessen der Behörden gestellt ist, 20) können auch hierbei Rechte des Pflichtigen verletzt werden. Das Rechtsschutzbedürfnis wird zudem auch dann bejaht, wenn der Pflichtige geltend machen kann, dass die Vollstreckung der Sachverfügung aufgrund einer zwischenzeitlich eingetretenen Veränderung der Sach- und Rechtslage hinfällig geworden ist. 21) In all diesen Fällen können sich aber die Rechtsmittel im Vollstreckungsverfahren grundsätzlich nur gegen die Vollstreckungsverfügung selbst richten. Mit einem Rechtsmittel gegen die Vollstreckungsverfügung ist die Sachverfügung nicht mehr anfechtbar. 22) Auf die Sachverfügung selbst wird nur eingetreten, wenn mit dem Rechtsmittel gegen die Vollstreckungsverfügung die

Verletzung unverzichtbarer und unverjährbarer Verfassungsrechte durch die Sachverfügung gerügt wird. ²³⁾ Ebenso kann eine rechtskräftige Anordnung im Vollstreckungsverfahren nicht mehr auf ihre materielle Rechtmässigkeit hin geprüft werden. ²⁴⁾

B. Anfechtungsobjekte

Der Verwaltungszwang will das Befolgen verwaltungsrechtlicher Normen und der gestützt auf die erlassenen Verwaltungsakte erzwingen, hat also vollstreckbaren Charakter. ²⁵⁾ Herkömmliche Zwangsmittel mit eindeutig exekutorischer Funktion sind die Ersatzvornahme, ²⁶⁾ der unmittelbare Zwang, ²⁷⁾ die Schuldbetreibung, ²⁸⁾ die Strafandrohung ²⁹⁾ und die Geldstrafe. ³⁰⁾ Als von den Verwaltungsbehörden zu diesem Zweck erlassene anfechtbare Vollstreckungsverfügungen lassen sich die Androhung einer Verwaltungszwangsmassnahme, die Anordnung von unmittelbarem Zwang, die Ersatzmassnahme, die Kostenverfügung und die Anordnung sofortiger Vollstreckung unterscheiden. ³¹⁾ Die Ordnung der in der Verwaltungsrechtspflege geregelten Zwangsmittel wird zudem durch das Institut der Baueinstellung ergänzt. ³²⁾ Die Baueinstellung beruht auf der Tatsache, dass nicht selten unrechtmässige Zustände durch Vornahme baulicher Arbeiten geschaffen werden, für die eine Baubewilligung überhaupt nicht eingeholt worden ist, oder die einer erteilten Baubewilligung nicht entsprechen. In derartigen Fällen kann sowohl die Einstellung der rechtswidrigen Bauarbeiten wie das Entfernen oder Abändern bereits ausgeführter Arbeiten angeordnet werden. Die Baueinstellung ist als vorsorgliche Massnahme dann angebracht, wenn mit der Möglichkeit zu rechnen ist, dass ein in Ausführung begriffener Bau nicht zulässig ist, welche Möglichkeit auch bei bewilligten oder vor Einführung der Bewilligungspflicht begonnenen Bauten besteht. ³³⁾

Bezüglich der aufschiebenden Wirkung von Rechtsmitteln, welche gegen eine Beseitigungsverfügung eingelegt werden, hält es die

Praxis gleich wie bei den ablehnenden Verfügungen, d.h. es wird keine aufschiebende Wirkung erteilt, bzw. es wird diese dem Rechtsmittel allenfalls entzogen. ³⁴⁾ Dies schliesst indessen eine differenzierte und anders lautende Regelung im Einzelfall nicht ohne weiteres aus. Eine gegenteilige Lösung kann sich rechtfertigen, wenn der rechtswidrige Zustand bereits einige Zeit gedauert hat, die Behörde in voller Kenntnis des Sachverhaltes nicht gegen die vorschriftswidrige Baute eingeschritten ist und erst hinterher den Abbruch verlangt, was gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstossen würde. ³⁵⁾

V. Bei vollzogenen Verwaltungsverfügungen

Aus der Funktion der aufschiebenden Wirkung folgt, dass sie dann als Institut des vorläufigen Rechtsschutzes unbehelflich ist, wenn die Rechtsfolgen der Verfügung bereits verwirklicht worden sind. In diesem Fall ist die Rechtsposition des Adressaten bereits irreparabel beeinträchtigt, z.B. wurde der "verseuchte" Hund getötet oder das "baufällige" Haus abgerissen.

Anders verhält es sich aber dort, wo die Wirkungen der Vollziehung andauern und daher noch einer Hemmung fähig sind. ³⁶⁾ Als Beispiele können die Einstellung der Salärzahlungen an den suspendierten Beamten oder die Betriebsschliessung genannt werden. Diese Verfügungen erschöpfen sich nicht mit ihrem Vollzug, sondern sie beinhalten eine Dauerwirkung. Sofern ein mit aufschiebender Wirkung ausgestattetes Rechtsmittel zur Verfügung steht, kann diesfalls der weitere künftige Vollzug ausgesetzt werden.

Unbeachtlich ist der Vollzug einer Verfügung auch dann, wenn er bereits während einer noch dauernden Rechtsmittelfrist stattgefunden hat, weil der Vollzugshandlung keine aufschiebende Wirkung zugekommen ist. Steht der Rechtsmittelweg noch offen und wurde er beschritten, so entfaltet die Verfügung keine end-

gültigen Wirkungen, wenn dem Rechtsmittel aufschiebende Wirkung zukommt. Sie ist dann nur einstweilen vollstreckbar. Wird die Verfügung in der Folge aufgehoben, so muss die Vollstreckung wieder rückgängig gemacht werden, soweit dies im Einzelfall noch möglich ist. 37)

VI. Bei Verfügungen über Geldleistungen

A. Beschwerden gegen Verfügungen über Geldleistungen haben immer aufschiebende Wirkung

Hat die Verfügung eine Geldleistung zum Gegenstand, so kann einer allfälligen Beschwerde die aufschiebende Wirkung weder durch die verfügende Behörde selbst noch durch eine Rechtsmittelinstantz entzogen werden. 38) Die Ratio dieser Bestimmung liegt darin, dass derartige Verfügungen unter dem Gesichtspunkt des öffentlichen Interesses nicht sofort vollstreckt werden müssen. Das Gemeinwesen kann auf den letztinstanzlichen Entscheid warten, da es durch einzelne Beschwerden nicht in Not gerät. Das Interesse des Beschwerdeführers an einem richtigen Entscheid geht hier offensichtlich vor. Ihm ist die Zahlungspflicht einer Schuld zu ersparen, welche grundsätzlich und in ihrer Höhe nicht endgültig bestimmt ist. 39)

B. Begriff der Verfügung über eine Geldleistung

Ob eine Verfügung eine Geldleistung oder eine damit vergleichbare Leistung zum Gegenstand hat, muss fallweise geprüft werden. Nach der Auslegung von Art. 55 Abs. 2 VwVG beinhaltet eine Verfügung dann eine Geldleistung, wenn sie dem bestimmten Adressaten die unmittelbare Verpflichtung zu einer solchen (bestimmten) Leistung auferlegt. 40)

Keine Geldleistung zum Gegenstand haben z.B.:

- Tarifgenehmigungsverfügungen 41)
- Verpflichtungen zur Sicherheitsleistung 42)

VIII. Bei Allgemeinverfügungen

Allgemeinverfügungen beziehen sich auf einen konkreten Sachverhalt, betreffen aber einen mehr oder weniger bestimmten Kreis von Personen.⁴³⁾ Sie eignen sich ohne weiteres, d.h. ohne das Dazwischenschalten weiterer formeller Verfügungen, zur zwangsweisen Durchsetzung.⁴⁴⁾ Sie sind wie gewöhnliche Verfügungen anfechtbar.⁴⁵⁾ Im Falle der Anfechtung tritt die aufschiebende Wirkung des Rechtsmittels nur zugunsten des Rechtsmittelführers ein. Gegenüber den anderen Adressaten bleibt sie vollziehbar. Lässt sich die Allgemeinverfügung nur einheitlich gegenüber jedermann vollziehen, so hindert das Rechtsmittel eines Betroffenen die Vollziehung insgesamt.⁴⁶⁾

- 1) GRISEL, Droit administratif, 484.
HAERING, 55.
KOELZ, Kommentar, Note 3 zu § 6.
WIESELER, 34.
EYERMANN-FROEHLER, Note 9 zu § 80.
VPB 1962, Nr. 32.
- 2) EYERMANN-FROEHLER, Note 9 zu § 80.
- 3) Der Entzug des Suspensiveffekts gegenüber den belastenden Gestaltungsverfügungen lässt regelmässig eine vorzeitige Zustandsveränderung für den Betroffenen eintreten, ohne dass die verfügungsweise angeordnete Massnahme im Hinblick auf eingelegte Rechtsmittel bereits materiell rechtskräftig geworden wäre.
Vergl. BGE 98 V 222 E. 4.
- 4) Vergl. § 10 I. A. 3. und 4.
Ebensowenig bei unterlassenen Verwaltungsakten, vergl. WIESELER, 42.
GRISEL, Droit administratif, 482.

- 5) GYGI, Verwaltungsverfahren, 104.
WIESELER, 231.
KOELZ, Note 7 und 11 und 31 ff zu § 21.
GYGI, Vorsorgliche Massnahmen, 7.
EYERMANN-FROEHLER, Note 11 zu § 80.
- 6) GYGI, Verwaltungsverfahren, 104 und zit. BGE 99 I b 107.
BAUMGARTNER, 181 ff, 192 ff.
KOELZ, Kommentar, Noten 32 ff zu § 21.
- 7) BGE 98 I b 70, 99 I b 106 f.
- 8) GYGI, Verwaltungsverfahren, 102 und dortige Hinweise.
GRISEL, Droit administratif, 477 ff, 504.
WOLFER, 46.
ZIMMERLIN, 52 f.
Art. 103 lit. a OG.
Art. 48 lit. a VwVG.
BGE 104 Ib 245 f, 104 Ib 307 f.
- 9) GYGI, Vorsorgliche Massnahmen, 8.
BGE 95 I 511.
- 10) GYGI, Vorsorgliche Massnahmen, 9 und zit. VPB 73, Nr. 25 B.
3. Vergl. § 12 III.
In Fällen, wo von dritter Seite ein begünstigender Verwaltungsakt (z.B. Erteilung eines Gastwirtschaftspatentes) mit Beschwerde angefochten wird und der Gesuchsgegner ein Gesuch um Entzug der aufschiebenden Wirkung stellt, kann diesem Gesuch dann stattgegeben werden, wenn die gebotene Interessenabwägung zum eindeutigen Ergebnis führt, das mit dem Weiterbestand des Suspensiveffektes unzumutbare Härten für den begünstigten Verfügungsadressaten verbunden wären und ein Entzug der aufschiebenden Wirkung zudem nur in geringem Masse präjudizierend wirken würde, BVR 1975, 325 ff.
- 11) WOLFER, 164 ff.
- 12) WOLFER, a.a. O.
- 13) BGE 102 I b 91.
- 14) GYGI, Vorsorgliche Massnahmen, 8 und zit. BGE 96 I 691, 101 I b 192.

- 15) BGE 98 I b 496.
- 16) WOLFER, 163 f.
BGE 98 I b 503, 96 I 694.
- 17) WOLFF/BACHOF, 381.
EYERMANN-FROEHLER, Note 20 und Noten 27 ff zu § 80.
- 18) Daher kommt auch einer Beschwerde gegen eine Verfügung auf Entzug der aufschiebenden Wirkung kein Suspensiveffekt zu, und zwar auch dann nicht, wenn die Beschwerde grundsätzlich mit einer aufschiebenden Wirkung verbunden ist. Die entscheidende Behörde und Beschwerdeinstanz sind ermächtigt, von diesem Grundsatz abzuweichen, sofern wichtige Gründe erheischen, dass eine Verfügung sofort vollstreckt wird oder die in einer Entscheidung festgestellte Rechtsklage schon vor der rechtskräftigen Beschwerdeerledigung wirksam wird. Vergl. AGVE 1972, 362.
Vergl. § 5 II. E. 2.; § 5 III. B. 3.; § 6 V. D. 3.
- 19) GEISER, 55.
KOELZ, Kommentar, Note 43-47 zu § 30.
WOLFF/BACHOF, 391.
- 20) IMBODEN/RHINOW, Nr. 96 B VI.
- 21) GEISER, 97.
- 22) IMBODEN/RHINOW, Nr. 35 B. IV. d.
MUELLER, Verwaltungszwang, 149.
GRISEL, Droit administratif, 503.
- 23) GEISER, 58 und zit. BGE 100 I a 296.
- 24) IMBODEN/RHINOW, Nr. 35. B. IV. d.
- 25) GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, 533 f.
GEISER, 22.
- 26) IMBODEN/RHINOW, Nr. 52. B. I.
BGE 101 I b 414, 94 I 408 f, 91 I 300 ff.
- 27) MUELLER, Verwaltungszwang, 21, 25 ff.
BGE 91 I 96 f.
- 28) MUELLER, Verwaltungszwang, 53 ff.

IMBODEN/RHINOW, Nr. 50 B. I - III.

29) IMBODEN/RHINOW, Nr. 49. B. I.

BGE 88 I 270.

30) IMBODEN/RHINOW, Nr. 49.

BGE 97 I 917.

KOELZ, Kommentar, Noten 29-35, 41 zu § 38.

31) Vergl. Art. 5 Abs. 2 VwVG.

32) § 218 Abs. 1, Baugesetz des Kantons Aargau.

33) Vergl. ZIMMERLIN, 624 und dortige Hinweise.

IMBODEN/RHINOW, Nr. 52. B. VI. a-d.

ZBI 1976, 200.

34) Vergl. § 10 I. A. 3. und 4.

35) IMBODEN/RHINOW, Nr. 76 D. I. a, b; II. a.

ZBI 1974, 259.

ZIMMERLIN, 624.

36) DE CLERK, Aufschiebende Wirkung, 2233.

37) BGE 91 I 364 ff.

38) Art. 55 Abs. 2 VwVG, Art. 111 Abs. 1 OG.

BGE 99 Ib 219.

Vergl. auch Fussnote 5, Seite 83.

39) FLEINER-GERSTER, 244.

BGE Ib 220.

40) BGE 99 Ib 220.

VPB 1972, Nr. 11

VPB 1976, Nr. 37.

41) VPB 1972, Nr. 11.

42) GRISEL, Droit administratif, 509.

43) GYGI, Verwaltungsverfahren, 98.

HALTNER, 129.

GRISEL, Droit administratif, 193.

44) IMBODEN/RHINOW, Nr. 5 B. II. c.

45) GYGI, Verwaltungsverfahren, 98.

46) FINKELNBURG, 96.

§ 12 Entscheidungskriterien für Gewährung, Abänderung und Entzug der aufschiebenden Wirkung

Den bisherigen Ueberlegungen folgend lautet das Ergebnis dahingehend, dass die aufschiebende Wirkung die Regel darstellt, von welcher nur aus besonders qualifizierten Gründen abgewichen werden soll. ¹⁾ Die einschlägigen Bestimmungen der einzelnen Verwaltungsrechtspflegeerlasse führen aber regelmässig nichts darüber aus, nach welchen Kriterien die aufschiebende Wirkung im Einzelfall ausgeschlossen oder wieder hergestellt werden soll. ²⁾ Es ist Sache der zuständigen Behörde zu prüfen, ob die Gründe, welche für die sofortige Wirksamkeit sprechen gewichtiger sind, als jene, die für die gegenteilige Ansicht angeführt werden können. Dabei verfügt die Behörde über einen gewissen Beurteilungsspielraum. ³⁾ Bevor die Behörde einer Beschwerde die aufschiebende Wirkung entzieht oder deren Wiederherstellung beschliesst, muss sie die ihr bekannten Umstände sorgfältig würdigen. ⁴⁾ Im allgemeinen wird sie ihren Entscheid auf den Sachverhalt gründen, der sich aus den vorhandenen Akten ergibt, ohne zeitraubende weitere Erhebungen anzustellen. ⁵⁾ Lehre und Praxis haben hierzu einige Kriterien als Entscheidungsgrundlagen entwickelt.

I. Interessenabwägung

Als Kriterium für den Entzug oder für die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung kommen die in einzelnen Verwaltungsrechtspflegegesetzen ausdrücklich genannten besonderen, hinreichenden, wichtigen oder zwingenden Gründe in Betracht. ⁶⁾ Der Entscheid über die aufschiebende Wirkung hat sich in diesen Fällen danach zu richten, ob es eine schwere oder unmittelbare Gefährdung wichtiger Interessen abzuwenden gilt. ⁷⁾ Als zu schützende wichtige öffentliche Interessen kommen bedeutende Polizeigüter in Betracht. ⁸⁾ Ebenso können gefährdete Interessen von beteiligten Dritten in Frage stehen. ⁹⁾ Mit anderen Worten ist die Fra-

ge, ob die aufschiebende Wirkung aus wichtigen Gründen zu entziehen oder wiederherzustellen sei, abhängig vom Ergebnis der Abwägung der am Verfahren beteiligten Interessen. Die Rechtsprechung neigt dazu, jeweils diejenige Lösung zu wählen, die einen allfällig eintretenden Schaden am niedrigsten hält, ungeachtet des endgültigen Ausgangs des Prozesses. ¹⁰⁾ Dass eine Gefährdung solcher Interessen vorliegt, hat sich mit erheblicher Ueberzeugungskraft aufzudrängen. ¹¹⁾ Muss eine schwere Gefährdung der geschützten Güter verneint werden, so ist der Beschwerde die aufschiebende Wirkung zu belassen. Dies ist insbesondere dann am Platz, wenn das Gesetz einem Rechtsmittel grundsätzlich die suspensive Wirkung zuerkennt. Die verfügende Behörde wird in einem solchen Fall überzeugende Gründe geltend machen müssen, um die aufschiebende Wirkung zu entziehen. ¹²⁾ Solange Zweifel an der Rechtmässigkeit der angefochtenen Verfügung bestehen, überwiegt regelmässig das Interesse des Adressaten an der Gewährung des vorläufigen Rechtsschutzes. Dieses Einzelinteresse überwiegt insbesondere dann, wenn als Folge der Verwirklichung der Verfügung irreparable Zustände drohen. ¹³⁾

II. Erfolgsaussichten des Rechtsmittels

Ob das materielle Recht erlaubt, den vom Beschwerdeführer abhängig gemachten Antrag gutzuheissen, insbesondere ob die auf den vorgetragenen Sachverhalt anwendbaren Rechtsnormen ihm eine rechtlich geschützte Stellung verschaffen, gehört zum Sachurteil des Rechtsmittelverfahrens. ¹⁴⁾ Eine Beurteilung der Erfolgsaussichten des Rechtsmittels aufgrund der zunächst unvollständigen Akten ist auch hier nur prima facie möglich. Mit Rücksicht auf die für den Beschwerdeführer wesentliche Bedeutung des Instituts besteht kein Anlass, dem Rechtsmittel die aufschiebende Wirkung zu versagen, weil es nicht, oder weil es voraussichtlich nicht durchdringen wird. Nur in seltenen, eindeutigen Fällen kommt es deshalb in Betracht, den Entscheid

über die aufschiebende Wirkung vom voraussichtlichen Ausgang des Rechtsmittelverfahrens abhängig zu machen. ¹⁵⁾ Der Entzug der aufschiebenden Wirkung oder die Verweigerung der Wiederherstellung derselben ist nur dann gerechtfertigt, wenn es von vorneherein offensichtlich ist, dass die Anträge des Rechtsmittelführers in der Sache selbst abzuweisen sind. Dies ist etwa dann der Fall, wenn mit dem Rechtsmittel etwas gänzlich Unmögliches verlangt wird, dessen Gewährung einen besonders groben Fehler und die Missachtung des objektiven Rechts darstellen würde. Das gleiche gilt, wenn die Rechtsmittelerhebung offensichtlich wider Treu und Glauben erfolgt.

III. Einfluss der Prozessvoraussetzungen

Ebensowenig enthalten die Verwaltungsrechtspflegegesetze Angaben darüber, wie es mit der aufschiebenden Wirkung bei fehlenden Prozessvoraussetzungen zu halten ist. "Als Prozessvoraussetzungen werden die prozessualen Erfordernisse bezeichnet, die erfüllt sein müssen, damit die angerufene Rechtspflegeinstanz ein 'Urteil in der Sache' zu fällen befugt ist, also sich über die Begründetheit oder Unbegründetheit der ans Recht gestellten Rechtsbehauptung (Streitgegenstand) aussprechen kann." ¹⁶⁾

Unter den Prozessvoraussetzungen lassen sich Verwirkungsvorschriften, Sollvorschriften mit peremptorischer Wirkung und Ordnungsvorschriften ¹⁷⁾ unterscheiden. Das Prozessverfahren ist bei fehlenden Voraussetzungen weder ungültig noch nichtig; es kann jedoch keine materielle Klärung des Streitgegenstandes bringen. Die Prozessvoraussetzungen sind daher Sachurteilsvoraussetzungen. ¹⁸⁾ Ob die Voraussetzungen im konkreten Fall gegeben sind oder nicht und ob der Beschwerdeführer damit allenfalls einen beachtenswerten Anlass hat, das Rechtsmittelverfahren, d.h. eine materielle Prüfung der Beschwerde in Gang zu bringen, ist eine reine Frage der Prozessvoraussetzungen. Sie hat insbesondere mit den materiellen Aussichten der Beschwerde

nichts zu tun. 19) Die Voraussetzungen müssen im Zeitpunkt des Urteils vorliegen, nicht bereits bei der Rechtshängigkeit. Das erlaubt Nachholung oder Verbesserung, wenn dies nicht nach der Natur der Prozessvoraussetzung ausgeschlossen ist. Letzteres gilt insbesondere hinsichtlich der Rechtsmittelfrist und der Rechtsmittelformalien. 20) Ihr Vorliegen ist von Amtes wegen zu prüfen. 21) Sie müssen tatsächlich erfüllt sein; die zum Entscheid berufene Behörde muss sich von ihrem Vorliegen überzeugt haben. Blosser Parteibehauptungen genügen nicht. 22)

Die aufschiebende Wirkung bei fehlenden Prozessvoraussetzungen eines Rechtsmittels kann ein typischer Anwendungsfall des vorläufigen Rechtsschutzes sein. Die Prüfung dieser Voraussetzungen kann aufgrund der im Zeitpunkt der Beschwerdeerhebung erst unvollständigen Kenntnisse der Sach- und Rechtslage zunächst ebenfalls nur summarisch und damit nicht abschliessend erfolgen. 23) Bis das Ergebnis einer eingehenden Prüfung vorliegt, überwiegt zweifellos das Interesse des Verfügungsadressaten an einer vorläufigen Rechtsschutzgewährung durch Einräumung der aufschiebenden Wirkung. Indessen muss vom Beschwerdeführer ein Mindestmass an Sorgfalt in der Beschwerdeführung verlangt werden. Soll einer Eingabe die Wirkung zukommen, dass sie den Eintritt der Rechtskraft hemmt und die Vollziehbarkeit aufschiebt, so hat der Beschwerdeführer erkenntlich seinen Willen um Aenderung der ihn betreffenden Rechtslage zum Ausdruck zu bringen. 24)

Vom Grundsatz kann sodann auch in den Fällen abgewichen werden, in welchen bei offensichtlich fehlenden Prozessvoraussetzungen ohne weiteres darauf verzichtet werden kann, auf dieses Rechtsmittel überhaupt einzutreten. 25)

IV. Vermeidung nachteiliger Präjudizierung

Der Entscheid über die Zulassung oder Verweigerung der aufschiebenden Wirkung muss neben der Erhaltung der Entscheidungs-

fähigkeit auch gewährleisten, dass eine nachteilige Präjudizierung vermieden wird. ²⁶⁾ Aus der Praxis lassen sich folgende Beispiele nennen:

- Präjudizierende Wirkung kann die Gewährung der aufschiebenden Wirkung entfalten, wenn gestützt auf sie mit Bauvorhaben begonnen oder fortgefahren wird; im Falle der Gutheissung einer gegen das Bauvorhaben ergriffenen (Dritt-)Beschwerde könnten in der Zwischenzeit vollendete tatsächliche bauliche Zustände geschaffen worden sein, deren Rückversetzung in den ursprünglichen Status zu grössten Schwierigkeiten führen kann.
- Mit Rücksicht auf die vorstehenden Ueberlegungen lehnt es das EJPD regelmässig ab, einer Beschwerde gegen die Einbeziehung von Grundstücken in den Plan provisorischer Schutzgebiete die aufschiebende Wirkung zu erteilen (nach Art. 8 Abs. 2 BMR kommt solchen Beschwerden grundsätzlich kein Suspensiveffekt zu). Es würde den vom BMR verfolgten Schutzzwecken zuwiderlaufen, einer derartigen Beschwerde die aufschiebende Wirkung zuzuerkennen. Dies hätte u.U. zur Folge, dass noch vor Ablauf des Rechtsmittelverfahrens auf den zur Frage stehenden Grundstücken Vorkehren baulicher Art getroffen werden könnten, die den im öffentlichen Interesse angestrebten Zweck vereiteln würden.
- Keine präjudizierende Wirkung sah das EJPD dagegen in der vom Eidg. Verkehrs- und Energiewirtschaftsdepartement erteilten Bewilligung für die Einlagerung von Brennstäben in einem Kernkraftwerk. Die von den Beschwerdeführern verlangte Wiederherstellung der von der Bewilligungsinstanz zum vorneherein entzogenen aufschiebenden Wirkung wurde verweigert, mit der Begründung, dass die Einlagerungsbewilligung die spätere Erteilung einer Betriebsbewilligung für das ganze Werk nicht zu beeinflussen vermöge.

V. Sicherheitsleistung

Vereinzelte sehen die Verwaltungsrechtspflegegesetze vor, die aufschiebende Wirkung von der Leistung einer Sicherheit abhängig zu machen, wenn der Gegenpartei durch den Suspensiveffekt ein erheblicher Schaden droht und die Beschwerde zugleich als trölerisch erscheint. 27)

- 1) GYGI, Vorsorgliche Massnahmen, 6.
- 2) Die Verwaltungsrechtspflegegesetze enthalten sich in der Regel über weitere Angaben zu dieser Frage. Vergl. FLEINER-GERSTER, 243; Art. 55 VwVG, Art. 111 OG, § 44 VRPG AG.
- 3) BGE 98 V 222, 99 Ib 221.
- 4) BGE 100 I b 494 E. 2.
- 5) VPB 1975, Nr. 111.
- 6) Vergl. Art. 44 Abs. 1 VRPG AG; GYGI/STUCKI, Kommentar, Art. 33; VON WERRA, Kommentar, Art. 30.
- 7) GYGI, Vorsorgliche Massnahmen, 7 und dortige Hinweise.
GRISEL, Droit administratif, 482.
BGE 99 Ib 222 E. 6. b.
Der Entzug der aufschiebenden Wirkung kann sich aufdrängen, weil ganz besondere öffentliche Interessen auf dem Spiel stehen, deren Wahrung keinerlei Aufschub erträgt, nicht einmal für die Dauer der Uebergangszeit bis zur Fällung des Beschwerdeentscheides, AGVE 1974, 219 ff.
Der Entscheid über die aufschiebende Wirkung kann in gewissen Fällen einen Einfluss darauf haben, ob eine bestimmte Behörde in die Lage gesetzt oder daran gehindert wird, die ihr vom Gesetzgeber übertragenen Aufgaben zu erfüllen, BGE 104 Ib 176 ff.
- 8) Der Entzug der aufschiebenden Wirkung aus öffentlichem Interesse erfolgt in der Praxis regelmässig bei Beschwerden gegen einen Führerausweisentzug. Es wird hierbei zwischen Warnungs- und Sicherungsentzügen unterschieden. Im Gegensatz

zu den Warnungsentzügen besteht bei Sicherungsentzügen die konstante Praxis, während eines Beschwerdeverfahrens die aufschiebende Wirkung nicht zu erteilen, bzw. zu entziehen, GYGI, Führerausweisentzug, 132 ff; AGVE 1974, 219 ff; VPB 1975, Nr. 97; BONNARD, 290 ff.

Der Suspensiveffekt kommt dagegen in der Regel der Beschwerde eines Ausländers gegen eine Ausweisungsverfügung zu.

KOELZ, Kommentar, Note 10 zu § 25.

- 9) Dass der Entzug die Durchsetzung eines Verbotes (in casu: ununterbrochener Gewerbebetrieb über die Sonn- und Feiertage) erleichtert, von der Nachbarschaft mehrheitlich verlangt wird, reicht als Begründung nicht aus. Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Aargau vom 24. Februar 1978, III. 16.

Vergl. auch § 11 III.

Vergl. IMBODEN/RHINOW, Nr. 57 B. IV., V. und dortige Hinweise.

- 10) STEINITZ, Vorsorgliche Verfügungen, 212.

ULE, Verwaltungsprozessrecht, 270.

- 11) GYGI, Vorsorgliche Massnahmen, 7.

- 12) BGE 98 V 222, 99 Ib 221.

- 13) WIESELER, 70.

GYGI, Vorsorgliche Massnahmen, 7.

Zur Interessenabwägung im allgemeinen vergl. MUELLER, Interessenabwägung; IMBODEN/RHINOW, Nr. 57 B IV; BGE 102 I b 226.

VPB 1975, Nr. 111.

Das Begehren um aufschiebende Wirkung, richtiger um Erlass einer vorsorglichen Verfügung zum Zweck des Verbotes, in einem Kernkraftwerk plutoniumhaltige Brennstoffe zu verwenden, wurde vom EJPD abgelehnt. In den Erwägungen führte die Beschwerdeinstanz aus, es sei nicht erstellt, dass von der Verwendung dieser Brennstäbe eine Gefahr für die Umgebung ausgehe. Dagegen hätte die vorzeitige Auswechslung der Brennelemente nicht nur ganz erhebliche Kosten (Betriebsunterbruch und Beschaffung neuer Brennelemente), sondern v.a. auch eine Gefährdung des Personals (erhöhte Strahlenbelastung beim Brennelementewechsel) zur Folge, die sich nur durch einen entsprechenden Gewinn an Sicherheit rechtfertigen liessen. Ein solcher sei aber nicht zu erwarten, Entscheid EJPD vom 5.1.1979 in Sachen Nordostschweizerisches Aktionskomitee gegen Atomkraftwerke / Eidg. Verkehrs- und

Energiewirtschaftsdep. und NOK AG.

14) GYGI/STUCKI, Kommentar, Note 1 d zu Art. 16.

15) GYGI, Verwaltungsverfahren, 130.

BGE 99 Ib 220 f; 98 V 222 E. 4.; 100 Ia 27.

Trotz dieser Zurückhaltung des Bundesgerichts in seinen neuesten Entscheiden geht es nach Auffassung von FLEINER-GERSTER, 244, zumeist trotzdem lediglich von den Erfolgsaussichten des Beschwerdeführers aus.

Nach MEYLAN, 56 ff, kann dann auf die Erfolgsaussichten abgestellt werden, wenn lediglich Rechtsfragen zur Beurteilung anstehen. Eine Voraussage über den Erfolg des Rechtsmittels ist hingegen dann nicht möglich, wenn Zweifel über Tatfragen bestehen.

VPB 1975, Nr. 111.

Die vom Eidg. Verkehrs- und Energiewirtschaftsdep. der KKW Leibstadt AG erteilte 1. Teilbaubewilligung für das KKW Leibstadt beinhaltete gleichzeitig den Entzug der aufschiebenden Wirkung für alle gegen diese Verfügung allfällig geführten Beschwerden. Die Bewilligung wurde in der Folge beim Bundesrat angefochten, mit dem Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung. Zur Begründung wurde auf die präjudizierende Wirkung auf den Sachentscheid verwiesen. Der Bundesrat prüfte die Wiederherstellung des Suspensiv-effektes unter dem Gesichtspunkt der Erfolgsaussichten der Beschwerde, (u.a. bestanden Zweifel an der Legitimation der Beschwerdeführer). - Auch mit Rücksicht auf die erheblichen Auswirkungen, welche die Einstellung der Bauarbeiten für die Bauherrin mit sich bringen würden und im Hinblick auf die rechtzeitige Ausführung eines Projektes, welches nach seriösen Schätzungen schon in wenigen Jahren für das wirtschaftliche Gedeihen des ganzen Landes von grosser Bedeutung sein könnte, verweigerte er in der Folge diese Wiederherstellung. Entscheid vom 19.5.1976.

16) GYGI, Verwaltungsverfahren, 74.

17) GYGI, Verwaltungsverfahren, 47.

18) GYGI, Verwaltungsverfahren, 74.

ULE, Verwaltungsprozessrecht, 97 ff.

19) GYGI, Verwaltungsverfahren, 75.

GYGI/STUCKI, Kommentar, Note 1 d zu Art. 16.

20) GYGI, Verwaltungsverfahren, 75.

BGE 102 I b 370 E. 6.

AGVE 1975, 288 ff.

21) BIRCHMEIER, 358.

KOELZ, Kommentar, Note 4 zu Vorbemerkungen zu §§ 19-28,
Note 3 zu § 56.

BGE 96 I 191, 99 I b 276.

22) GYGI, Verwaltungsverfahren, 76.

23) GYGI, Vorsorgliche Massnahmen, 6.

WIESELER, 74.

24) BGE 102 Ib 372 E. 6.

25) KOELZ, Kommentar, Note 3 zu § 56.

26) GYGI, Verwaltungsverfahren, 130.

27) § 20 Abs. 3 VRPG BL.

§ 80 Ziff. 4 Abs. 5 VwGO.

Art. 80 Abs. 2 BZP.

Das VRPG AG enthält dagegen weder in § 67 noch in § 26 Abs. 2 die Grundlage für die Leistung einer Sicherheit für das verwaltungsbehördliche Verfahren mit nachfolgender Verwaltungsgerichtsbeschwerde, ebensowenig für die Vollstreckung von Verwaltungsverfügungen, AGVE 1972, 358.

Vergl. § 20 II. C.

§ 13 Beginn der aufschiebenden Wirkung

Unter dem Beginn der aufschiebenden Wirkung ist der Zeitpunkt des Eintritts der Wirksamkeitshemmung der angefochtenen Verfügung zu verstehen. Der Beginn der aufschiebenden Wirkung wird in den einzelnen Verwaltungsrechtspflegegesetzen sehr unterschiedlich geregelt. ¹⁾ Grundsätzlich lassen sich die anschliessend dargestellten Lösungen unterscheiden, die in ihren Ergebnissen den Umfang des durch die aufschiebende Wirkung gewährten vorläufigen Rechtsschutzes unterschiedlich beeinflussen. Aus der Darstellung der verschiedenen Möglichkeiten über den Beginn des Suspensiveffekts lassen sich daher einige Erkenntnisse über die Anforderungen an die inhaltliche Ausgestaltung der aufschiebenden Wirkung gewinnen. ²⁾

I. Die aufschiebende Wirkung beginnt mit dem Lauf der Rechtsmittelfrist ³⁾

A. Der Lauf der Rechtsmittelfrist

Die Rechtsmittelfrist beginnt mit der ordnungsgemässen Eröffnung der Verfügung zu laufen. ⁴⁾ Erst aufgrund der ihm eröffneten Verfügung wird es dem Betroffenen möglich, die ihm zustehenden Rechtsbehelfe zu nutzen und sich damit gegen unrechtmässige Anordnungen Gehör zu verschaffen. Als Ausfluss des bundesrechtlichen Anspruchs auf rechtliches Gehör gilt daher der Grundsatz, dass die Verfügung jedem individuell zu eröffnen ist, der von ihr betroffen wird oder als möglicher Betroffener um die Mitteilung der Verfügung nachgesucht hat. ⁵⁾

B. Die Einreichung des Rechtsmittels

Um die aufschiebende Wirkung über den Lauf der Rechtsmittelfrist hinaus aufrecht zu erhalten, muss der Beschwerdeführer fristgerecht das zutreffende Rechtsmittel einlegen. Vorbehaltlich des Entzuges durch die Beschwerdeinstanz dauert der Sus-

pensiveffekt alsdann bis zur rechtskräftigen Erledigung des Rechtsmittelverfahrens. 6)

C. Würdigung dieser Lösung

Während der Dauer der Rechtsmittelfrist und der Dauer eines rechtzeitig angehobenen Rechtsmittelverfahrens muss die angefochtene Verfügung weder befolgt werden noch ist sie vollstreckbar. 7) Dies bedeutet, dass eine Zuwiderhandlung z.B. gegen ein Gebot oder ein Verbot in dieser Zeit nicht als Rechtsverletzung betrachtet werden kann und dass eine zwangsweise Durchsetzung der Verfügung durch die Behörden rechtswidrig wäre. Die aufschiebende Wirkung gewährt dem Adressaten also einen umfassenden vorläufigen Rechtsschutz. Dieser Regelung liegt der Gedanke zugrunde, dass der Eintritt der formellen Rechtskraft dem Grundsatz nach Voraussetzung für die Vollstreckbarkeit der in der Verfügungsformel enthaltenen materiellen Rechtsfolge ist ; 8) es wäre wenig sinnvoll, eine Verfügung als wirksam zu betrachten oder zu vollstrecken, von der man mangels Erschöpfung der Rechtsmittelmöglichkeiten nicht endgültig weiss, ob sie als rechts- und zweckmässig hingenommen werden muss. 9)

D. Einschränkungen des vorläufigen Rechtsschutzes

a. Die mangelhafte Eröffnung hemmt die Wirksamkeit und Vollstreckbarkeit der Verfügung nicht.

Der durch diese Lösung grundsätzlich gewährleistete umfassende vorläufige Rechtsschutz kann Einbrüche erleiden, wenn die Eröffnung der Verfügung an die Betroffenen nicht ordnungsgemäss erfolgt. Während es in weitem Masse bundesrechtlich geregelt ist, was unter einer individuellen Eröffnung zu verstehen ist, 10) werden die übrigen Eröffnungsmodalitäten durch das positive kantonale Recht geordnet. Daher hängt es insbesondere vom kantonalen Recht ab, ob eine Verfügung mündlich oder schriftlich zu eröffnen sei und ob sie eine Rechtsmittelbelehrung zu

enthalten habe. ¹¹⁾ Wo das Gesetz die Eröffnung einer Verfügung an eine bestimmte Form oder an einen bestimmten Inhalt bindet, haben die gesetzlichen Erfordernisse zwar nicht nur die Bedeutung von Ordnungsvorschriften. ¹²⁾ Die Sanktion für die mangelhafte Eröffnung besteht andererseits aber nicht etwa in der Nichtigkeit der Verfügung. Diese bleibt trotzdem in Kraft, und sie kann trotz des Mangels vollstreckt werden. ¹³⁾

b. Einfluss der Rechtsmittelbelehrung auf den Beginn der aufschiebenden Wirkung

b.a. Bei fehlender Verpflichtung zur Rechtsmittelbelehrung

Insbesondere im Zusammenhang mit der Rechtsmittelbelehrung wird deutlich, dass die fehlende Sanktion einer mangelhaften Eröffnung zu wesentlichen Einschränkungen des vorläufigen Rechtsschutzes führen kann. Der Adressat muss das betreffende Rechtsmittel kennen, um gestützt darauf die aufschiebende Wirkung für die Dauer des Rechtsmittelverfahrens aufrecht zu erhalten.

Nun besteht aber nach einhelliger Praxis kein ungeschriebener bundesrechtlicher Grundsatz, wonach die Kantone auch ohne ausdrückliche Vorschrift des kantonalen- oder Bundesrechts zur Rechtsmittelbelehrung verpflichtet sind. ¹⁴⁾ Der Adressat hat also keinen unbedingten Anspruch auf eine Rechtsmittelbelehrung. Zwar soll nach der Rechtssprechung des Bundesgerichtes und der kantonalen Gerichte den Parteien aus einer unrichtigen oder unklaren Rechtsmittelbelehrung kein Rechtsnachteil erwachsen, wenn sich die Parteien in guten Treuen auf die Rechtsmittelbelehrung verlassen durften. ¹⁵⁾ Damit ist aber nach der Auffassung des Bundesgerichts noch nicht gesagt, dass die Rechtsmittelbelehrung auch dort vorgeschrieben ist, wo sie das einschlägige Verfahrensrecht nicht vorsieht. Ist die Rechtsmittelbelehrung nicht ausdrücklich vorgeschrieben, so gilt die Verfügung daher auch dann als rechtmässig eröffnet, wenn die Rechts-

mittelbelehrung weggelassen wurde. Die Rechtsmittelfrist beginnt hier ohne weiteres mit der Eröffnung der Verfügung zu laufen. 16)

Erhebt eine Partei in einem Fall, in dem die Rechtsmittelbelehrung nicht vorgeschrieben ist und von der Behörde daher auch nicht bekanntgegeben wurde, innert der gesetzlichen Frist kein Rechtsmittel, so läuft sie wegen der unmittelbaren Wirksamkeit der Verfügung Gefahr, einen Rechtsnachteil zu erleiden. Ein solcher Nachteil wird indessen vom Bundesgericht mit dem Hinweis darauf in Kauf genommen, dass das Interesse der Allgemeinheit an der Rechtssicherheit schwerer wiege als das Interesse der jeweiligen Partei an einer Rechtsmittelbelehrung. 17) Zu Recht ist diese Begründung als kaum stichhaltig bezeichnet worden. Eine schriftliche Verfügung ohne Rechtsmittelbelehrung beeinträchtigt jedenfalls einem nicht rechtskundigen Adressaten gegenüber den Anspruch auf rechtliches Gehör. 18)

b.b. Bei ausdrücklicher Verpflichtung zur Rechtsmittelbelehrung

Erst dann liegt bei einer fehlenden Rechtsmittelbelehrung Willkür oder Verletzung des rechtlichen Gehörs vor, wenn das einschlägige Verfahren ausdrücklich zur Rechtsmittelbelehrung verpflichtet. 19) Unterbleibt eine vorgeschriebene Rechtsmittelbelehrung, so beginnt die Rechtsmittelfrist überhaupt nicht zu laufen, d.h. dass auch kein Suspensiveffekt ausgelöst wird. 20) Konsequenterweise dürfen diese Bestimmungen über die Rechtsmittelbelehrung deshalb nicht nur als "Ordnungsvorschriften" betrachtet werden. Wäre dies der Fall, 21) so würde dadurch die Wirksamkeit der Eröffnung der Verfügung oder des Entscheides nicht beeinflusst werden. 22)

Nur dann soll dem Adressaten aus einer fehlenden (vorgeschriebenen) Rechtsmittelbelehrung kein Rechtsschutzanspruch zustehen, wenn er die Voraussetzungen und die Möglichkeiten des in Frage

kommenden Rechtsmittels tatsächlich kannte, so dass er durch die mangelnde oder fehlende Belehrung nicht irregeführt werden konnte. 23)

b.c. Bei falscher Rechtsmittelbelehrung

Schliesslich ist noch auf den Fall hinzuweisen, in welchem ein Rechtsmittel als gegeben bezeichnet wird, das nach dem Gesetz überhaupt nicht besteht. Nach der Praxis vermag eine solche Angabe die fehlende Rechtsmittelvoraussetzung nicht zu ersetzen, weil fehlende gesetzliche Institutionen nicht auf dem Verfügungsweg ins Leben gerufen werden können. 24) Dies ist einleuchtend. Andererseits ist zu bedenken, dass der in gutem Glauben von einem angegebenen Rechtsmittel Gebrauch machende Adressat unter Umständen davon ausgeht, die unmittelbare Wirksamkeit der Verfügung sei vorerst gehemmt. Unter diesen Voraussetzungen wird er sich nicht verpflichtet fühlen, etwa eine Verfügung zu befolgen, die ihm ein bestimmtes Verhalten auferlegt. Stellt sich dieses Verhalten in der Folge nun als objektiv rechtswidrig heraus, so wäre es stossend, dafür Sanktionen zu auferlegen. Ein anderes Ergebnis würde sowohl dem auch für das Verwaltungsverfahren und für das Prozessrecht geltenden Grundsatz von Treu und Glauben widersprechen, 25) wie auch dem Prinzip zuwiderlaufen, nach welchem dem Beteiligten aus der mangelhaften Eröffnung einer Verfügung keinerlei Rechtsnachteile erwachsen dürfen. 26)

Dieses Vertrauen findet aber dann keinen Schutz, wenn der Adressat die Unrichtigkeit der Rechtsmittelbelehrung kannte oder bei Beobachtung der zumutbaren Sorgfalt hätte kennen können, so dass die falsche Rechtsmittelbelehrung für ihn ohne weiteres erkennbar war, bzw. wenn er als Rechtskundiger (z.B. als Anwalt) um die Unrichtigkeit der Rechtsmittelbelehrung wissen musste. 27)

II. Die aufschiebende Wirkung beginnt mit der Einreichung eines Rechtsmittels

A. Im allgemeinen

Verschiedene Verwaltungsrechtspflegegesetze bestimmten, dass die aufschiebende Wirkung mit der Anhebung eines Rechtsmittels eintritt. ²⁸⁾ Der Lauf der Rechtsmittelfrist allein hat hier auf den Eintritt der aufschiebenden Wirkung keinen Einfluss. Vielmehr bewirkt allein das Rechtsmittel eo ipso suspensive Wirkung, wobei dieser rückwirkende Kraft auf den Zeitpunkt der Eröffnung der Verfügung zukommt. ²⁹⁾ Auch dieser Regelung liegt der bereits erwähnte Gedanke zugrunde, dass es wenig sinnvoll wäre, eine Verfügung zu vollstrecken, von der mangels Erschöpfung der Rechtsmittelmöglichkeiten nicht definitiv feststeht, ob sie als rechts- und zweckmässig zu betrachten ist. ³⁰⁾

Da der Lauf der Rechtsmittelfrist in diesem Fall die aufschiebende Wirkung nicht beeinflusst, ist bis zum Zeitpunkt der Einlegung eines Rechtsmittels die zwangsweise Durchsetzung der Verfügung durch die Behörde rechtmässig, und bis zu diesem Zeitpunkt handelt derjenige, welcher der Verfügung zuwiderhandelt, rechtswidrig. ³¹⁾ Dieses Ergebnis ist offensichtlich unbefriedigend: Die Vollstreckung der Verfügung kann Zustände schaffen, deren Beseitigung nicht oder nur sehr schwierig möglich ist. Daher nützt es unter Umständen auch nichts, dass dem Suspensiv-effekt rückwirkende Kraft auf den Zeitpunkt der Eröffnung der Verfügung zukommt. Die Beeinträchtigung der Rechtsposition des Adressaten kann derart irreparabel geworden sein, dass sie auch mit einer entsprechenden finanziellen Entschädigung nicht auszugleichen ist. ³²⁾ Da die Behörde bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist mit der aufschiebenden Wirkung rechnen muss, wird sie in der Regel mit der Vollstreckung der Verfügung zuwarten. ³³⁾ Vollzieht sie diese bereits vorher, so nimmt sie das Risiko der sich nachträglich herausstellenden Rechtswidrigkeit in

Kauf. 34)

B. Beginn der aufschiebenden Wirkung bei unzulässigen Rechtsmitteln

Wird die Verfügung mit einem unzulässigen Rechtsmittel angefochten, so löst dieses gleichwohl die aufschiebende Wirkung aus, ³⁵⁾ solange das Gesetz nicht etwas Gegenteiliges anordnet (wie z.B. Art. 54 Abs. 2 OG). Die Entscheidung über die Zulässigkeit des Rechtsmittels ist im Rechtsmittelverfahren zu fällen; bis sie ergangen ist, entfaltet auch das unzulässige Rechtsmittel seine Wirkungen. ³⁶⁾

III. Die aufschiebende Wirkung beginnt mit der Anordnung durch die Rechtsmittelinstanz

A. Ursprüngliche Anordnung

Nach anderen gesetzlichen Regelungen kommt weder dem Lauf der Rechtsmittelfrist noch der Einlegung eines Rechtsmittels automatisch die aufschiebende Wirkung zu. ³⁷⁾ In der Regel sehen die Verfahrensgesetze dann aber vor, dass die aufschiebende Wirkung von der Rechtsmittelinstanz von Amtes wegen oder auf Parteiantrag hin gewährt werden kann. ³⁸⁾

B. Wiederherstellung

Sinngemäß kann auch dort vom Beginn der aufschiebenden Wirkung gesprochen werden, wo sie durch richterliche Wiederherstellung eintritt. Dies kann in Frage kommen, wenn nach dem Verfahrensrecht dem Lauf der Rechtsmittelfrist oder der Rechtsmittelerhebung zwar grundsätzlich die aufschiebende Wirkung zukommt, diese aber durch die verfügende Behörde selbst ³⁹⁾ oder durch eine Vorinstanz im Rechtsmittelverfahren ⁴⁰⁾ zufolge einer besonderen Vorschrift ⁴¹⁾ oder aus wichtigen Gründen ⁴²⁾ entzogen worden ist. Hat sich die Vorinstanz über die Hauptfrage

noch gar nicht ausgesprochen, so muss die Beschwerdeinstanz darauf Bedacht nehmen, durch die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung die Streitsache nicht zu präjudizieren. Andernfalls liesse sie die (später) an sie gerichtete Beschwerde praktisch gegenstandslos werden. 43)

- 1) Vergl. Fussnote 1 Seite 5.
- 2) Vergl. § 9 I.
- 3) Vergl. §§ 25 und 55 VRPG ZH.
- 4) Art. 34 VwVG; Art. 89, 106 OG; § 23 Abs. 1 VRPG AG.
AGVE 1972, 337 E. 2. a.
- 5) IMBODEN/RHINOW, Nr. 84 B. I.
- 6) Vergl. § 15
- 7) EYERMANN/FROEHLER, Note 7 zu § 80.
- 8) Vergl. § 7 II. C.
- 9) GYGI/STUCKI, Kommentar, Note 1 zu Art. 33.
- 10) Vergl. § 6 VI.
- 11) IMBODEN/RHINOW, Nr. 84 B. II.
- 12) IMBODEN/RHINOW, Nr. 84 B. IV.
- 13) FLEINER-GERSTER, 186.
BGE 99 Ib 100.
Andere Meinung in: AGVE 1972, 339 E. 2. a.
- 14) IMBODEN/RHINOW, Nr. 86 I. und zit. BGE 98 I b 333 ff.
- 15) IMBODEN/RHINOW, Nr. 86 II.
Art. 38 VwVG.
Art. 107 Abs. 3 OG.

- 16) BGE 98 I b 333 ff.
- 17) IMBODEN/RHINOW, Nr. 86.
- 18) IMBODEN/RHINOW, Nr. 86 B. I.
- 19) BGE 98 I b 333 ff.
- 20) KOELZ, Kommentar, Note 1 zu § 55.
- 21) Der Kassationshof des Bundesgerichtes hat die Verletzung des Art. 251 Abs. 2 BSTP, der eine Rechtsmittelbelehrung vorschreibt, lediglich als Verletzung einer Ordnungsvorschrift betrachtet, welche die Gültigkeit der Eröffnung nicht beeinflusst.
Vergl. auch AGVE 1965, 200.
- 22) IMBODEN/RHINOW, Nr. 86 B. II. c.
- 23) IMBODEN/RHINOW, Nr. 86 B. III. und dortige Hinweise.
BGE 102 I b 91; AGVE 1974, 137.
- 24) IMBODEN/RHINOW, Nr. 86 B. II. c. und zit. BGE 97 I 77.
VON WERRA, Kommentar, Note 6 zu Art. 16.
- 25) IMBODEN/RHINOW, Nr. 74 B. IX. c.
Es handelt sich hier um eine sogenannte Vertrauensbetätigung, die als Anwendungsfall des Grundsatzes von Treu und Glauben bezeichnet werden kann.
- 26) Vergl. Fussnote 2, Seite 230.
- 27) IMBODEN/RHINOW, Nr. 74 B. IX. b.
- 28) BGE 98 Ib 496 (bei begünstigenden Verfügungen).
BGE 90 IV 81 f, 98 IV 266 (bei belastenden Verfügungen).
§§ 17, 24 VRPG BS
Art. 51 VRPG VS.
Art. 51 VRPG SG.
Art. 36 Abs. 1 VRPG SO.
Art. 131 VRPG LU.
Art. 33 VRPG BE.
Art. 42 VRPG SZ.
Art. 23 VRPG SH.

- 29) GYGI/STUCKI, Kommentar, Note 3 zu Art. 33.
EYERMANN/FROEHLER, Note 6 zu § 80.
- 30) GYGI/STUCKI, Kommentar, Note 1 zu Art. 33
- 31) EYERMANN/FROEHLER, Note 5 zu § 80.
WIESELER, 57.
- 32) BONNARD, 289.
Soweit es aber möglich ist, den Vollzug und dessen tatsächliche Wirkungen wieder rückgängig zu machen und den vorherigen Zustand wieder herzustellen, soll dies geschehen.
- 33) BGE 91 I 364 ff.
- 34) EYERMANN/FROEHLER, Note 7 zu § 80.
Vergl. Fussnote 3, Seite 146.
- 35) Selbstverständlich unter der Bedingung, dass es sich um ein suspensives Rechtsmittel handelt.
- 36) GULDENER, 500, Note 34.
STRAEULI/MESSMER, Note 12 zu § 190, Note 1 zu § 260.
LOEWER, Unzulässige Rechtsbehelfe, 343.
Andere Meinung dagegen: EYERMANN/FROEHLER, Note 14 zu § 80 VwVG.
AGVE 1970, 243; 1975, 288 E. 2.
WIESELER, 71 ff.
- 37) Art. 14 Abs. 1 VRPG VD.
Art. 57 VRPG GR.
Art. 70 VRPG SO.
- 38) Vergl. Art. 111 Abs. 2 OG.
KOELZ/KOTTUSCH, 448 f.
Kummer, 227.
- 39) § 44 VRPG AG.
Art. 55 Abs. 2 VwVG.
- 40) § 44 VRPG AG
Art. 55 Abs. 2 VwVG.
VPB 1973, Nr. 25.

41) Vergl. z.B. Art. 8 Abs. 2 BMR.

42) Vergl. § 12 I.

43) BGE 99 Ib 221 f.

Vergl. Fussnote 2, Seite 71.

§ 14 Abänderung der Anordnung über die aufschiebende Wirkung

Als prozessleitende Verfügungen können Anordnungen über die aufschiebende Wirkung auf Parteiantrag oder von Amtes wegen jederzeit während des Streitverfahrens abgeändert werden, sofern sich die Verhältnisse geändert haben. ¹⁾ Dies kann einmal dann erforderlich sein, wenn der Entscheid über die Gewährung der aufschiebenden Wirkung vom voraussichtlichen Ausgang der Streitsache beeinflusst gewesen ist ²⁾ oder wenn bei diesem Entscheid zunächst davon ausgegangen wurde, dass die notwendigen Prozessvoraussetzungen vorlagen. ³⁾ Erweisen sich diese Annahmen bereits im Verlaufe des Rechtsmittelverfahrens als unbegründet, so hat eine entsprechende Anpassung an die sich als richtig herausgestellten Verhältnisse zu erfolgen. ⁴⁾ Im weiteren ist es möglich, dass die Beteiligten Interessen erst im Verlaufe des Verfahrens bedroht werden, sei es durch die Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse, sei es zufolge Einwirkung durch die Parteien oder durch Dritte. Auch in diesen Fällen ist eine entsprechende Anordnung zu treffen, um die Beteiligten vor Schaden zu bewahren. Schliesslich kann die Sache selbst dahinfallen, wenn das Rechtsschutzbedürfnis, um dessentwillen ein Verfahren in Gang gebracht worden ist, entfällt. ⁵⁾

1) BIRCHMEIER, 405.

MARTI, 144.

GYGI, Verwaltungsverfahren, 131.

AGVE 1972, 356. E. 3.

2) GYGI, Vorsorgliche Massnahmen, 11.

HAHRING, 59, Fussnote 27.

Vergl. § 12 II.

- 3) Vergl. § 12 III.
- 4) GYGI, Vorsorgliche Massnahmen, 11, Fussnote 9.
GYGI/STUCKI, Kommentar, Note 5 zu Art. 33.
- 5) BGE 91 I 367 f.
BGE 98 Ib 57.

§ 15 Beendigung der aufschiebenden Wirkung

I. Beendigung durch Eintritt der formellen Rechtskraft der Verfügung

Die aufschiebende Wirkung dient dazu, die am Verfahren beteiligten Interessen für die Dauer des Streitverfahrens zu gewährleisten. Aufgrund der zunächst herrschenden Ungewissheit über die Sach- und Rechtslage und damit über die Rechts- und Zweckmässigkeit der Verfügung soll der Adressat vorerst in seinen Rechten nicht beeinträchtigt werden. Die Ungewissheit und das Rechtsschutzbedürfnis entfallen mit dem endgültigen Rechtsmittelentscheid, d.h. mit der Unanfechtbarkeit der Verfügung. ¹⁾ Die aufschiebende Wirkung endet daher regelmässig mit dem Eintritt der formellen Rechtskraft des Verwaltungsaktes. ²⁾ Unbeachtlich ist dabei, ob sie aufgrund einer gesetzlichen Regelung automatisch begonnen hat, oder ob sie erst von der Rechtsmittelinstanz angeordnet oder wiederhergestellt worden ist. ³⁾

II. Beendigung vor Eintritt der Rechtskraft der angefochtenen Verfügung

Je nach der gesetzlichen Regelung über die aufschiebende Wirkung von Rechtsmitteln kann die Wirksamkeit und Vollstreckung einer Verfügung schon vor Ablauf der Rechtsmittelfrist eintreten. Dies ist der Fall, wenn die Verfügung zwar noch angefochten werden kann, das zulässige Rechtsmittel aber keine aufschiebende Wirkung mehr hat, weil diese von Amtes wegen oder auf Parteiantrag hin entzogen wurde und nicht wiederherstellbar ist. ⁴⁾

III. Folgen der Beendigung

Endigt das Rechtsmittelverfahren mit der Abweisung des Rechtsmittels, so treten die verfügten Rechtsfolgen rückwirkend auf

den Zeitpunkt der Eröffnung der Verfügung in Kraft. Es ist also so zu halten, als ob überhaupt keine aufschiebende Wirkung ausgelöst worden wäre. ⁵⁾ Gleich verhält es sich, wenn die aufschiebende Wirkung bereits im Verlaufe des Rechtsmittelverfahrens dahingefallen ist. ⁶⁾

1) BIRCHMEIER, 404.

MARTI, 144.

STEINITZ, Vorsorgliche Verfügung, 228.

Art. 39 lit. a VwVG.

Ebenso wenn das Rechtsschutzinteresse als solches entfällt, vergl. Fussnote 5, Seite 245.

2) WIESELER, 70.

3) EYERMANN/FROEHLER, Note 7 zu § 80.

4) Vergl. Art. 39 lit. c. VwVG.

Vergl. § 6 VI.

Hier fallen Vollstreckbarkeit und formelle Rechtskraft auseinander bzw. setzt hier die Wirksamkeit und Vollstreckbarkeit nicht die formelle Rechtskraft der Verfügung voraus.

Vergl. EYERMANN/FROEHLER, Note 27 zu § 80.

AGVE 1971, 333 ff.

5) GYGI, Vorsorgliche Massnahmen, 11.

6) GYGI, Vorsorgliche Massnahmen, 11.

§ 16 Zusammenfassung

Die Fragen über die aufschiebende Wirkung betreffen insbesondere das Verhältnis der verwaltungsprozessualen Anfechtungsmittel zur Wirksamkeit von Verwaltungsverfügungen. Dabei ist von der Prämisse auszugehen, wonach Verfügungen ihre materiellen Rechtsfolgen ohne weiteres mit ihrer Eröffnung gegenüber dem Adressaten zu entfalten beginnen. Für den Rechtsschutz muss daraus gefolgert werden, dass die nachteiligen Wirkungen einer Verfügung unmittelbar und gleichzeitig mit deren Eröffnung eingestellt werden können, sog. Wirksamkeitshemmung. Diesem Postulat ist nur genüge getan, wenn bereits der Lauf der Rechtsmittelfrist die aufschiebende Wirkung auslöst. Jede andere Lösung führt zu rechtsschutzlosen Zeiträumen, in welchen ein nichtwiedergutzumachender Nachteil eintreten kann. Es genügt deshalb nicht, dass der Suspensiveffekt erst durch die Einlegung eines Rechtsmittels bewirkt wird, selbst dann nicht, wenn dadurch die Rechtsfolgen der Verfügung rückwirkend ex tunc wieder eingestellt werden. Sind zwischenzeitlich Schäden eingetreten, so müssen diese so weit als möglich wieder behoben, andernfalls entschädigt werden. Im Interesse des Rechtssuchenden wie im Interesse einer klaren Regelung für die Verwaltungsbehörden soll die aufschiebende Wirkung daher bereits mit dem Lauf der Rechtsmittelfrist beginnen. Dieser Forderung entspricht bislang lediglich die Regelung gemäss den §§ 25 und 55 VRG des Kantons Zürich. Die meisten anderen Verfahrensgesetze begnügen sich hingegen damit, den Suspensiveffekt mit der Einreichung des Rechtsmittels zu verbinden. Es gibt aber keine Gründe, diese Lösungen nicht im Sinne der allein einen vollständigen Rechtsschutz gewährenden zürcherischen Ordnung anzugleichen. - Als völlig ungenügend müssen jene Regelungen bezeichnet werden, die den automatischen Eintritt der aufschiebenden Wirkung weder zusammen mit dem Lauf der Rechtsmittelfrist noch zusammen mit der Einreichung eines Rechtsmittels vorsehen, wo der Suspensiveffekt

also vielmehr erst noch richterlich angeordnet werden muss. Auch diese Lösungen können, in einem noch verstärkten Masse, zu einer Nutzlosigkeit des Rechtsschutzes führen, wenn bis zum Zeitpunkt der richterlichen Anordnung nichtwiedergutzumachende Nachteile entstanden sind. Man denke z.B. an den Fall eines kurzfristigen Führerausweisentzuges.

Die vom Zivilprozessrecht her bekannten Mannigfaltigkeiten samt den sich daraus ergebenden Nachteilen für den Rechtsuchenden scheinen sich auf die Verwaltungsrechtspflegegesetze zu übertragen. Diese Entwicklung ist zu bedauern, umso mehr, als es gerade angesichts der unbefriedigenden Erfahrungen auf dem Gebiet der Zivilrechtspflege auf der Hand liegen sollte, dieses noch junge Gebiet der Rechtssetzung von Anfang an so weit wie nur möglich zu vereinheitlichen.

Im weiteren ist die Anwendung der aufschiebenden Wirkung vom Prinzip der Interessenabwägung gekennzeichnet. Solange Zweifel an der Rechts- und Ordnungsmässigkeit einer Verfügung begründet sind, überwiegt im Verhältnis zwischen privaten und öffentlichen Interessen regelmässig das Einzelinteresse an der Gewährung der aufschiebenden Wirkung. Hiervon soll nur aus zwingenden Gründen, aus schützenswerteren öffentlichen oder am Verfahren beteiligten Interessen von Dritten abgewichen werden.

DRITTES KAPITEL

VORSORGLICHE MASSNAHMEN

§ 17 Zweck der vorsorglichen Massnahmen im engeren Sinn

I. Im allgemeinen

Wie die aufschiebende Wirkung bezwecken auch diese (anderen) vorsorglichen Massnahmen, einen nicht oder nicht leicht wieder-
gutzumachenden Nachteil zu vermeiden, ¹⁾ sei dies bereits im
Rahmen eines Verfahrens auf Erlass einer Verfügung ²⁾, sei dies
im anschliessenden Anfechtungsverfahren. ³⁾ Auch sie beruhen
auf der Notwendigkeit, bestimmte Vorkehren schon während der
Dauer des Verfahrens ohne Verzug treffen zu können, um dessen
ungestörte Durchführung zu gewährleisten. ⁴⁾ Diese Notwendig-
keit ist wiederum identisch mit dem Bedürfnis, die am jeweili-
gen Verfahren beteiligten Interessen vorläufig vor Beeinträch-
tigungen zu schützen. Dass eine Gefährdung dieser Interessen
vorhanden ist, muss zumindest glaubhaft gemacht werden. ⁵⁾ Ob
im Einzelfall aufgrund einer objektiven Betrachtungsweise eine
gewisse Wahrscheinlichkeit bezüglich der fraglichen Tatsachen
besteht, lässt sich nur nach Würdigung sämtlicher Merkmale des
zu beurteilenden Einzelfalles sagen. ⁶⁾ Die Geringfügigkeit des
zu schützenden Rechts ist jedenfalls kein Grund, das Rechts-
schutzbedürfnis zu verneinen. ⁷⁾

Je nach der gesetzlichen Regelung kann die Anordnung von vor-
sorglichen Massnahmen auf Parteibegehren hin ⁸⁾ oder von Amtes
wegen erfolgen. ⁹⁾ Sie gewähren damit ebenfalls einen vorläufi-
gen Rechtsschutz im Sinne der bisherigen Erörterungen.

II. Vorläufige Aufrechterhaltung eines bestehenden Zustandes

Nichtwiedergutzumachende Nachteile können zunächst durch Veränderung eines tatsächlichen Zustandes entstehen. Durch eine derartige Zustandsveränderung kann die Ausübung eines von einem Beteiligten beanspruchten Rechts verunmöglicht oder wesentlich erschwert werden. ¹⁰⁾ In solchen Fällen bezwecken vorsorgliche Massnahmen, den bestehenden Zustand bis zur rechtskräftigen Erledigung des Verfahrens aufrechtzuerhalten. ¹¹⁾

III. Vorläufige Sicherung bedrohter rechtlicher Interessen

Die vorläufige Sicherung bedrohter rechtlicher Interessen ist notwendig, wenn durch die Vollstreckung bereits bestehende Rechte in schwerer oder überhaupt nicht wiedergutzumachender Weise verletzt werden. Die Interessen können dabei vermögensrechtlicher oder immaterieller Art sein. ¹²⁾

IV. Vorläufige Regelung eines Rechtsverhältnisses

Ein Bedürfnis nach Anordnung von vorsorglichen Massnahmen kann sodann auch dort vorliegen, wo ein Rechtsverhältnis durch den angefochtenen Akt unbefriedigend geregelt wurde. Erträgt die Regelung keinen Aufschub, so sind die Rechte und Pflichten der Beteiligten, insbesondere deren Verhaltensweisen für die Dauer des Verfahrens festzulegen. ¹³⁾

V. Das Verhältnis der vorsorglichen Massnahmen zur aufschiebenden Wirkung

Vorsorgliche Massnahmen im engeren Sinn sind dort zu treffen, wo die gesetzliche Regelung oder die Anordnung über die aufschiebende Wirkung nicht ausreichen, um einen vorläufigen Rechtsschutz zu gewährleisten. ¹⁴⁾ Dies trifft einmal dann zu, wenn die aufschiebende Wirkung ihrer Funktion nach dem Rechtsschutzbedürfnis nicht zu genügen vermag. Die Anordnung der aufschiebenden Wirkung setzt eine anfechtbare Verfügung voraus,

die belastend auf den Adressaten wirken muss. Sie findet überall dort keine Anwendung, wo noch gar keine Verfügung ergangen ist oder wo es sich um eine ablehnende Verfügung handelt. 15) Hier schliessen die vorsorglichen Massnahmen die Lücken, welche die Regelung über die aufschiebende Wirkung im System des vorläufigen Rechtsschutzes hinterlässt. 16) Im Gegensatz zur deutschen Verwaltungsgerichtsordnung schliessen sich die aufschiebende Wirkung und andere vorsorgliche Massnahmen in den schweizerischen Verfahrensordnungen gegenseitig nicht aus. 17) Es kann daher an Stelle des Entzuges des Suspensiveffekts oder zusammen mit dem Entzug der aufschiebenden Wirkung gleichzeitig eine andere vorsorgliche Massnahme getroffen werden. Es handelt sich hierbei um flankierende Massnahmen zur Hauptverfügung. 18) In diesem Sinn kann z.B. die vorläufige Ueberwachung eines einsturzgefährdeten Gebäudes bis zum Eintreffen der einen Renovationsbefehl enthaltenden Hauptverfügung angeordnet werden. Der Aufschub des Entzuges der Bankbewilligung kann mit einer verschärften, umfassenden Bankaufsicht verbunden werden. In der Praxis wird allgemein noch zuwenig davon Gebrauch gemacht, die aufschiebende Wirkung mit anderen vorsorglichen Massnahmen in diesem Sinn miteinander zu verbinden. Dabei ist diese Möglichkeit vor allem bei Sachverhalten mit intensiven Interessengegensätzen zu bedenken. 19)

1) BIRCHMEIER, 402.

BLUMENSTEIN, Provisorische Verfügungen, 147 f.

GULDENER, 381.

STRAEULI/MESSMER, Note 15 zu § 110.

2) Vergl. § 4 II.

3) Vergl. § 4 III.

- 4) FLEINER-GERSTER, 245.

EYERMANN/FROEHLER, Note 8 zu § 123.

OBERMAYER, Einstweilige Anordnung, 879.

BGE 97 I 486 f.

- 5) Vergl. § 5 III. 2. b.

Vergl. § 6 V. 2.

- 6) GIACOMETTI, Allgemeine Lehren, 216.

- 7) FINKELNBURG, 328.

- 8) Vergl. § 5 II. D. 1.

Vergl. § 5 III. B. 2. a.

Vergl. § 6 V. A. 1., 3.

- 9) Vergl. vorstehende Fussnote 8.

Die zuständige Behörde ist zur Anordnung vorsorglicher Massnahmen verpflichtet, wenn es überwiegende öffentliche Interessen oder solche Dritter gebieten, KOELZ, Kommentar, Note 8 zu § 6.

- 10) ULE, Verwaltungsprozessrecht, 274.

- 11) Art. 56 VwVG.

Art. 94 OG.

KOELZ, Kommentar, Note 4 zu § 55.

Der Sinn einer vorsorglichen Verfügung gemäss Art. 12 Abs. 2 BMR ist der, die Verwirklichung des Planungszwecks sicherzustellen, solange die vom Raumplanungsbeschluss vorgeschriebenen provisorischen Schutzgebiete nicht rechtskräftig ausgeschieden sind, AGVE 1974, 275 ff.

- 12) BIRCHMEIER 403.

KOELZ, Kommentar, Note 4 zu § 55.

- 13) HAERING, 129.

QUARITSCH, 347.

Auch die Sicherstellung der Vollstreckung kann Anlass einer vorsorglichen Massnahme sein, KOELZ, Kommentar, Note 2 zu § 6.

- 14) GYGI, Verwaltungsverfahren, 131.

KOELZ, Kommentar, Note 20 zu § 6.

15) Vergl. § 11 II.

KOELZ, Kommentar, Note 3 zu § 25.

16) WIESELER, 169, 211.

KOELZ, Kommentar, Note 3 zu § 6.

17) § 123 Abs. 5 VwGO.

WIESELER, 211.

QUARITSCH, 222 f.

GYGI, Verwaltungsverfahren, 131.

KOELZ, Kommentar, Note 19 zu § 6, Note 4 zu § 55.

18) KOELZ, Kommentar, Note 19 zu § 6.

19) GYGI, Vorsorgliche Massnahmen, 16.

§ 18 Inhalt der vorsorglichen Massnahmen

I. Richterliches Ermessen

Inhaltlich sind die vorsorglichen Massnahmen so zu gestalten, dass die strittige Angelegenheit bis zum endgültigen Urteil in einem entscheidungsfähigen Zustand erhalten wird. Die Beteiligten sollen daran gehindert werden, am umstrittenen Zustand etwas vorzunehmen oder umstrittene Rechte so zu handhaben, dass der Richter vor vollendeten Tatsachen steht. Es obliegt dem Richter, im konkreten Fall diejenigen Vorkehren zu treffen, die dem Zweck der vorsorglichen Massnahmen als Institut des vorläufigen Rechtsschutzes entsprechen. Zwar ist er nicht frei, irgendwelche ihm sachdienlich scheinenden Anordnungen zu verfügen, doch verfügt er hierbei im Rahmen der Verhältnismässigkeit immerhin über einen gewissen Ermessensspielraum. ¹⁾

II. Keine Vorwegnahme des Endurteils

Dabei hat der Richter zu beachten, dass durch seine Anordnungen das Endurteil nicht vorweggenommen wird. Als provisorische Anordnungen gelten die vorsorglichen Massnahmen nur bis zum Erlass der endgültigen Entscheidung in der Hauptsache. Sie müssen deshalb im Ergebnis reparabel sein. Die Grenzen liegen dort, wo unabänderliche Ergebnisse geschaffen werden, die das spätere Urteil in der Hauptsache gegenstandslos werden lassen. ²⁾

III. Vorläufige Gewährung beanspruchter Rechte

Mit dem Erlass einer vorsorglichen Massnahme überschreitet der Richter unter Umständen den Bereich der rein prozessualen Gestaltungswirkung und greift in die materiellrechtlichen Parteibeziehungen ein. ³⁾ Es ist umstritten, ob er hierbei, auch wenn nur vorübergehend, bis anhin noch nicht bestehende Zustände schaffen oder Rechte einräumen darf. ⁴⁾ Soweit die Lehre dem

gegenüber eine ablehnende Haltung einnimmt, scheint sie zu verkennen, dass es gerade ein Wesensmerkmal der vorsorglichen Massnahme ist, die materielle Rechtsstellung eines Einzelnen vorläufig zu erweitern, wenn dies der Sicherung der Verwirklichung eines strittigen Anspruches dient. ⁵⁾ Die Einräumung beanspruchter Rechte vor dem endgültigen Entscheid über deren Rechtmässigkeit sollte darum solange möglich sein, als damit dem Entscheid in der Hauptsache selbst nicht präjudizierend vorgegriffen wird und der neu geschaffene Zustand nicht gegen öffentliche Interessen verstösst. ⁶⁾

IV. Inhaltliche Abänderung während der Dauer des Verfahrens

Wie die Verfügungen über die aufschiebende Wirkung können auch Anordnungen über andere vorsorgliche Massnahmen während der Dauer des Streitverfahrens abgeändert werden, sofern die Verhältnisse dies erfordern. ⁷⁾ Dies kann der Fall sein, wenn durch die Aenderung der tatsächlichen Verhältnisse oder durch Eingriffe Dritter ein derartiger Zustand eingetreten ist, dass nur die Anpassung der Verfügung an den neuen Zustand die Beteiligten vor Schaden bewahren kann, ⁸⁾ oder wenn sich die Verfügung nachträglich als ungerechtfertigt erweist. ⁹⁾ Zuständig für die Abänderung ist entweder die Behörde, welche die Verfügung erlassen hat und noch mit dem Verfahren befasst ist ¹⁰⁾ oder die Beschwerdeinstanz. ¹¹⁾ Die Abänderung kann auf Parteiantrag oder von Amtes wegen erfolgen. Die Behörde ist dann verpflichtet, von sich aus einzuschreiten, wenn wichtige öffentliche Interessen oder solche Dritter durch die bestehende Regelung bedroht werden. ¹²⁾ Inhaltlich kann die Abänderung darin bestehen, dass die Verfügung aufgehoben oder angepasst wird. ¹³⁾ Wird eine schärfere Massnahme verfügt, so ist dem Betroffenen wiederum das rechtliche Gehör zu gewähren. Die neue, schärfere Massnahme unterliegt in der Regel erneut der Anfechtung, und sie ist mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen. ¹⁴⁾

- 1) Welcher Art die vorsorglichen Massnahmen sein sollen, kann nicht allgemein gesagt werden. Massgebend sind die besondere Natur des Einzelfalles und das Verhältnismässigkeitsprinzip. Allgemein kann festgestellt werden, dass sie stets dann zulässig sind, wenn überwiegende öffentliche oder private Interessen zu wahren sind und der materielle Entscheid aus verfahrensmässigen Gründen nicht sogleich getroffen werden kann, KOELZ, Kommentar, Noten 6 und 21 zu § 6.

Vergl. Fussnote 1 zu Seite 3.

QUARITSCH, 351.

- 2) KOELZ, Kommentar, Noten 6 und 21 zu § 6.

BLUMENSTEIN, Provisorische Verfügung, 147.

EYERMANN/FROEHLER, Note 8 zu § 123.

QUARITSCH, 348.

Die vorsorgliche Massnahme ist praktisch eine provisorische Vorwegnahme der vom Rekurrenten begehrten Entscheidung, KOELZ, Kommentar, Note 21 zu § 6.

- 3) ROHMEYER, Einstweilige Anordnung, 126.

- 4) BIRCHMEIER, 402 f.

STEINITZ, Vorsorgliche Verfügungen, 207.

- 5) WIESELER, 170.

STEINITZ räumt immerhin ein, dass die Schaffung eines neuen Zustandes dann möglich sein soll, wenn der status quo offensichtliche Ungerechtigkeiten enthält und eine Neuregelung der Situation unumgänglich erscheint, Vorsorgliche Verfügungen, 207.

- 6) KOELZ, Kommentar, Note 2 zu § 6.

- 7) Vergl. § 14.

BIRCHMEIER, 405.

GYGI, Verwaltungsverfahren, 131.

KOELZ, Kommentar, Note 16 zu § 6.

- 8) HAERING, 134.

Art. 83 Abs. 2 BZP.

- 9) Art. 83 Abs. 3 BZP.

- 10) KOELZ, Kommentar, Note 17 zu § 6

Andere Meinung: STEINITZ, Vorsorgliche Verfügungen, 226, der für die einstweiligen Verfügungen formelle Rechtskraft annimmt und daher nur die ursprünglich verfügende Behörde als zuständig bezeichnet.

11) Art. 83 Abs. 4 BZP.

12) STEINITZ, Vorsorgliche Verfügungen, 228.

KOELZ, Kommentar, Note 8 zu § 6.

OBERMAYER, 884.

13) KOELZ, Kommentar, Note 17 zu § 6.

BIRCHMEIER, 405.

Art. 83 Abs. 2 und Abs. 3 BZP.

14) KOELZ, Note 16 zu § 6.

Vergl. § 7 III. B. 2.

Art. 83 Abs. 4 i.V.m. Art. 80 Abs. 2 BZP.

§ 27 VRPG ZH sieht ausdrücklich vor, dass die Rekursinstanz zugunsten des Rekurrenten über die Rekursbegehren hinausgehen oder die angefochtene Anordnung zu seinem Nachteil abändern kann, vergl. KOELZ, Kommentar, Noten 1 ff zu § 27.

§ 19 Beendigung der vorsorglichen Massnahmen

Die vorsorglichen Massnahmen fallen mit dem Eintritt der formellen Rechtskraft oder mit der Vollstreckung der Hauptverfügung dahin. ¹⁾ Sie sind in ihren Wirkungen auf die Dauer des Verfahrens beschränkt. Das Provisorium und der von ihm geschaffene Zustand wird durch das sachentscheidende Endurteil abgelöst und weicht in diesem Zeitpunkt einer definitiven Regelung. ²⁾ In diesem Moment fällt auch das Rechtsschutzbedürfnis der Beteiligten dahin.

1) Vergl. § 15 I.

2) HAERING, 134.

STEINITZ, 228.

Die dem Antragssteller vorläufig eingeräumte Rechtsposition ist auflösend bedingt durch das nachfolgende Urteil im Hauptverfahren, WIESELER, 189.

GYGI/STUCKI, Kommentar, Note 2 zu Art. 62.

KOELZ, Kommentar, Note 19 zu § 6.

QUARITSCH, 210.

VIERTES KAPITEL

UEBERSICHT UEBER DIE HAFTUNGSRECHTLICHEN PROBLEME

§ 20 Verantwortlichkeiten aus der Anordnung von vorsorglichen Massnahmen

I. Grundlagen der Verantwortlichkeit de lege lata

A. Verantwortlichkeit der Behörden

1. Gemäss Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes 1)

Für den Schaden, den ein Beamter in Ausübung seiner Tätigkeit Dritten widerrechtlich zufügt, haftet der Bund ohne Rücksicht auf das Verschulden des Beamten. 2) Dieser Grundsatz der Haftung des Bundes (und der mit den Aufgaben des Bundes betrauten Organisationen) wird aber gemäss Art. 12 dieses Gesetzes insofern wesentlich eingeschränkt, als die Rechtmässigkeit formell rechtskräftiger Verfügungen, Entscheide und Urteile nicht in einem Verantwortlichkeitsverfahren überprüft werden kann. 3) Damit ist jede Haftung ausgeschlossen, wenn die Beschwerde gegen eine Verfügung rechtskräftig abgewiesen worden ist. Wird das Rechtsmittel dagegen gutgeheissen, so wäre die Haftung grundsätzlich zwar gegeben, weil einmal die Rechtswidrigkeit der ursprünglichen Verfügung dargetan ist und das Verantwortlichkeitsgesetz zum andern von einer Kausalhaftung ausgeht. Trotzdem soll nach der Rechtssprechung des Bundesgerichtes die Haftung für einen zwischenzeitlichen Schaden (der Schaden, der zwischen dem Erlass der Verfügung und deren Aufhebung entstanden ist) aber nur dann bestehen, wenn willkürlich unrichtig über die vorsorglichen Massnahmen befunden wurde. Das Bundesgericht wendet in einem solchen Fall nämlich Art. 55 Abs. 4 VwVG als Sondernorm an, die der Kausalhaftung gemäss Art. 3 des Verantwortlichkeitsgesetzes vorgeht. 4)

2. Gemäss VwVG (Art. 55 Abs. 4)

Wird die aufschiebende Wirkung willkürlich entzogen oder einem Begehren um Wiederherstellung des Suspensiveffekts willkürlich nicht oder verspätet entsprochen, so haftet für den daraus entstandenen Schaden die Körperschaft oder autonome Anstalt, in deren Namen die Behörde verfügt hat. ⁵⁾ Die Haftung trifft nicht notwendigerweise das Gemeinwesen, dessen Rechtspflegeorgan die aufschiebende Wirkung unrichtig gehandhabt hat, sondern den Verwaltungsverband, in dessen Namen die angefochtene Verfügung ergangen ist. ⁶⁾ Diese Bestimmung gilt auch für letzte kantonale Instanzen, die in Anwendung von Bundesrecht entscheiden und in ihrem Entscheid die aufschiebende Wirkung wegbedingen. ⁷⁾

3. Gemäss OG

Eine der Regelung des Art. 55 Abs. 4 VwVG entsprechende Bestimmung fehlt für das Verwaltungsgerichtsverfahren. Deshalb muss für den zwischenzeitlich eingetretenen Schaden grundsätzlich das Verantwortlichkeitsgesetz des Bundes Anwendung finden, sofern die angefochtene und aufgehobene Verfügung von einer Bundesbehörde stammt. ⁸⁾

4. Gemäss Verantwortlichkeitsgesetz des Kantons Aargau ⁹⁾

Der Staat und die Gemeinden sind pflichtig, für Schaden Ersatz zu leisten, der Dritten durch öffentliche Beamte, Angestellte und Arbeiter in Ausübung ihres Dienstes widerrechtlich, sei es absichtlich, sei es fahrlässig zugefügt wird. ¹⁰⁾ Sie haben auch Genugtuungsleistungen zu übernehmen, wenn deren Voraussetzungen gegeben sind. ¹¹⁾

Soweit das Gesetz keine Vorschriften aufstellt, findet der Abschnitt des Obligationenrechts über die unerlaubten Handlungen (Art. 41 ff.) ergänzende Anwendung. ¹²⁾ Vorbehalten sind auch die Vorschriften des Bundesrechts, wodurch eine zivilrechtliche

Haftung von Beamten des Staates und der Gemeinden für ihre Amtshandlungen bzw. eine Haftung des Staates oder der Gemeinden für ihre Beamten vorgesehen wird. 13)

B. Verantwortlichkeit des Drittbeschwerdeführers

1. Gemäss VwVG und VRPG AG

Weder das VwVG noch das VRPG AG enthalten Normen über die Haftung des (unterlegenen) Drittbeschwerdeführers. Da gesetzliche Grundlagen fehlen, kann dieser somit nicht zur Verantwortung gezogen werden. Die Drittbeschwerdeführung belastet daher, von der Kostenfolge abgesehen, nur den einen der beiden Prozessbeteiligten. 14)

2. Gemäss OG

Eine strenge Haftung des Drittbeschwerdeführers besteht hingegen für das Verwaltungsgerichtsverfahren. Nach Art. 113 OG i.V.m. Art. 94 OG und Art. 84 BZP ist der durch eine vorsorgliche Verfügung oder durch vorläufige Massnahmen entstandene Schaden zu ersetzen, wenn der Anspruch, für den sie bewilligt wurden, nicht zu Recht bestand oder nicht fällig war. 15)

C. Zusammenfassung

Die Frage der Verantwortlichkeit für unrichtige Handhabung von vorsorglichen Massnahmen und für unbegründete Drittbeschwerdeführung ist unvollständig geregelt. Die Folgen dieser mangelhaften Haftungsgrundlagen werden überall deutlich, wo der Gesetzgeber im Verfahrensrecht gegen die Interessen des Beschwerdeführers entschieden hat (keine aufschiebende Wirkung des Rechtsmittels ex lege) und wo durch unbegründete Drittbeschwerden nichtwiedergutzumachende Nachteile entstanden sind, ohne dass dies zu Konsequenzen für den Verursacher führt.

II. Lösungsansätze de lege ferenda 16)

A. Kausalhaftung

Der Gesetzgeber kann zwischen zwei grundsätzlichen Haftungsprinzipien wählen. Im Falle einer Kausalhaftung wird der Antragsteller wegen einer vorsorglichen Massnahme ersatzpflichtig, wenn sein prozessuales Handeln dem Beschwerdegegner im Widerspruch zu der materiellen Rechtslage und daher widerrechtlich einen Schaden zugefügt hat. 17)

B. Verschuldenshaftung

Wird dagegen eine Verschuldenshaftung statuiert, so ist davon auszugehen, dass die Einlegung eines gesetzlich vorgesehenen Rechtsmittels rechtmässiges Vorgehen bedeutet, selbst wenn der Rechtsmittelführer schliesslich unterliegt. 18) Der Rechtsmittelführer kann diesfalls nur zu Schadenersatz gezwungen werden, wenn er schuldhaft rechtswidrig handelt, indem er zum voraus die materielle Haltlosigkeit seines Anspruches hätte einsehen können, wenn er missbräuchlich oder in Widerspruch zu den guten Sitten davon Gebrauch gemacht hat oder wenn für seinen Anspruch keinerlei sachliche Argumente vorgebracht werden konnten. 19) Ein solches haftungsbegründendes Verschulden ist aber meist nur sehr schwierig oder überhaupt nicht nachweisbar, so dass ein Kläger selten befürchten müsste, dem Rechtsgegner einen Schaden aus einer vorsorglichen Verfügung ersetzen zu müssen.

C. Verpflichtung zu einer Sicherheitsleistung

Vereinzelte sehen die Verwaltungsrechtspflegegesetze vor, die antragstellende Gegenpartei zu einer Sicherheitsleistung zu verpflichten. 20) Damit anerkennen sie, dass der Antragsteller haftbar werden kann. Dies bedeutet aber nicht ohne weiteres, dass er in jedem Fall für den von ihm verursachten Schaden einzustehen hat. Die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung ist

lediglich ein Bestandteil der Haftungsregelung, ohne dass sie über deren Charakter selbst etwas auszusagen vermag. Hingegen dürften derartige Verpflichtungen ihre präventiven Wirkungen insbesondere gegenüber mutwilligen und querulatorischen Beschwerdeführern nicht verfehlen.

- 1) SR 170. 32.
- 2) Art. 3 VG
- 3) GYGI, Verwaltungsverfahren, 23.
BGE 100 Ib 8 ff.
- 4) GYGI, Vorsorgliche Massnahmen, 12.
FLEINER-GERSTER, 203.
GRISEL, Droit administratif, 482.
KOELZ, Kommentar, Note 4 zu § 6.
GYGI, Verwaltungsverfahren, 23.
BGE 100 Ib 494.
- 5) GYGI, Vorsorgliche Massnahmen, 12.
Vergl. auch Art. 51 Abs. 4 VRPG VS.
- 6) GYGI, Vorsorgliche Massnahmen, 12.
Art. 55 Abs. 4 VwVG.
- 7) Art. 1 Abs. 3 VwVG.
MEYLAN, 62.
- 8) GYGI, Vorsorgliche Massnahmen, 13.
- 9) Gesetz über die Verantwortlichkeit der öffentlichen Beamten und Angestellten und über die Haftung des Staates und der Gemeinden für ihre Beamten vom 21. Dezember 1939, (Verantwortlichkeitsgesetz).
- 10) § 2 Abs. 1 VG.

- 11) § 2 Abs. 2 VG.
- 12) § 7 VG.
- 13) § 8 Abs. 2 VG.
- 14) Der wirtschaftlichen Einbusse, die der Adressat einer vorläufig suspendierten begünstigenden Verfügung erleidet, kann sogar noch ein Gewinn des Drittbeschwerdeführers gegenüberstehen. Diesem mag es u.U. gelingen, die dem Adressaten auferlegte Untätigkeit durch umso grössere Betriebssamkeit in der Konkurrenz auszunutzen, vergl. TROLLER, 22. IMBODEN/RHINOW, Nr. 68 B. III.
- 15) Art. 84 Abs. 1 BZP
BGE 91 II 144 ff.
- 16) Diese Fragen bedürfen dringend gesetzlicher Regelungen. Es würde im Rahmen dieser Arbeit aber zu weit führen, darauf im einzelnen einzugehen.
- 17) GYGI, Vorsorgliche Massnahmen, 9.
Die Milderung der Haftung wäre diesfalls über die Verschuldensvoraussetzungen zu regeln, vergl. GYGI, a.a.O.
TROLLER, 24.
Nach der vom Bundesgericht in ständiger Praxis angewandter und auch von der Lehre anerkannter obj. Theorie, ist ein Verhalten nur dann widerrechtlich im Sinn der Begründung eines Schadenersatzanspruches, wenn es gegen Gebote und Verbote der Rechtsordnung verstösst, die dem Schutz des verletzten Rechtsgutes dienen, vergl. IMBODEN/RHINOW, Nr. 105 B. VI. ff.
- 18) MAYLAN, 60 f.
GYGI, Vorsorgliche Massnahmen, 9.
- 19) TROLLER, 22.
- 20) Vergl. § 12 V.
§ 20 Abs. 3 VRPG BL.
Art. 64 Abs. 2 VRPG BE.

Curriculum Vitae

Geboren am 8.6.1947 wuchs ich in Rapperswil/SG auf. Nach Abschluss der Mittelschule mit der Matura Typ B an der Kantonschule in Aarau, begann ich meine juristischen Studien im Herbst 1968 an der Universität Genf. Unterbrochen durch längere Militärdienstleistungen beendete ich diese im Frühjahr 1973 mit dem Lizentiat an der juristischen Fakultät der Universität Zürich. Es folgten praktische Tätigkeiten als Gerichtsschreiber-Stellvertreter am Bezirksgericht Lenzburg, als Anwaltssubstitut in Bremgarten/AG und als Adjunkt-Stellvertreter in der Rechtsabteilung des Baudepartements des Kantons Aargau. Die letztgenannte Tätigkeit regte mich zur Bearbeitung des vorliegenden Dissertationsthemas an.

Am 17. Juni 1975 erteilte mir die Anwaltskommission des Obergerichts des Kantons Aargau das Patent als aargauischer Fürsprecher. Seither bin ich als Rechtsanwalt in Zürich tätig.

Gerold Zollikofer

